

Rechtsgeschäft, Bedingung

und

Anfangstermin.

Von

Dr. Ludwig Enneccerus,
ordentlichem Professor der Rechte zu Marburg.

Zweite Abtheilung:

Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte.

Marburg.
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.
1889.

Rechtsgeschäft, Bedingung

und

Anfangstermin.

Von

Dr. Ludwig Enneccerus,
orbentlichem Professor der Rechte zu Marburg.

Marburg.
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.
1889.

Vorwort.

Die vorliegende Abhandlung will die Lehre über Begriff und Wirkung des befristeten Geschäftes im Zusammenhange einerseits mit dem Begriffe des Rechtsgeschäftes und andererseits mit der allgemeinen Theorie über das zeitliche Verhältniß des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkung zur Anschauung bringen. Nur so kann, wie sich der Verfasser durch einen auf weniger breiter Grundlage unternommenen früheren Versuch überzeugt hat, die Gestaltung der Bedingungs- und Befristungslehre zum vollen Verständniß und zur richtigen Würdigung gelangen.

Unter Bedingung ist in Uebereinstimmung mit den Quellen durchweg nur die sog. Suspensivbedingung, unter bedingtes Geschäft nur das suspensivbedingte verstanden, ein Sprachgebrauch, dessen allgemeine Befolgung im Interesse der Vereinfachung und Klarheit unserer Rechtssprache sehr zu wünschen ist.

Wie die sog. Resolutivbedingung ist auch der Endtermin von dem Gebiete dieser Abhandlung ausgeschlossen, und noch weniger konnte es für die Klärung und Vertiefung des ohnehin verwickelten, schwierige Fragen aus den verschiedensten Gebieten berührenden Stoffes förderlich sein, die Lehren vom Modus oder von der Voraussetzung in die Discussion zu ziehen; denn dieselben ergeben, so wichtig und anregend sie auch an sich sind, meines Erachtens keinen nennenswerthen Gewinn für den Hauptgegenstand dieser Untersuchung.

Auch auf dem eigentlichen Gebiete der Abhandlung ist das Beiwerk der Nebenfragen möglichst vermieden, sofern daraus

kein Gewinn für die Angelpunkte der Arbeit zu ziehen war und nicht die Rücksicht auf die Klarstellung der Quellen die Erörterung dennoch erforderlich machte. Wo dagegen das Verständniß oder die tiefere Fundirung der Hauptuntersuchung es wünschenswerth erscheinen ließ, da ist auch auf scheinbar entlegene Rechtsmaterien eingegangen, wenn auch bisweilen das Interesse des Zusammenhanges zu einer Verweisung solcher Fragen in gesonderte Beilagen führen mußte.

Schließlich bleibt mir die angenehme Aufgabe derjenigen Schriften zu gedenken, denen ich vor allen anderen eine Förderung in dieser Arbeit verdanke. Es sind: Windscheid's Wirkung der erfüllten Bedingung, welche zuerst die Frage der Rückwirkung von der oberflächlichen Betrachtung einiger allgemein redender Quellenstellen zu einer energischen Prüfung der Quellenentscheidungen über practische Rechtsfragen vertieft hat; Ihering's Geist des römischen Rechts, in dessen Reichthum für das Verständniß der römischen Rechtsentwickelung grundlegender Gedanken sich auch zum erstenmal Grundzüge einer Theorie über das zeitliche Verhältniß des Geschäftes und seiner Wirkung finden, und Fitting's Schrift über den Begriff der Rückziehung, in welcher der Begriff der schwebenden Rechte in überzeugender Weise klargestellt wurde. Es war um so mehr meine Pflicht, das hohe Maß des Dankes, welches ich den Genannten (wie in einer Anzahl von Einzelfragen auch einer Reihe von anderen Gelehrten) schulde, hervorzuheben, als ich von den Resultaten namentlich der Windscheid'schen und Ihering'schen Untersuchung erheblich abweiche.

Marburg im November 1888.

Der Verfasser.

Rechtsgeschäft, Bedingung

und

Anfangstermin.

Von

Dr. Ludwig Enneccerus,
ordentlichem Professor der Rechte zu Marburg.

2

Zweite Abtheilung:

Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte.



Marburg.
N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.
1889.

Zweite Abtheilung.

Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte.[1]

§. 33. Einleitung.

Die folgende Darstellung der Wirkungen bedingter oder unter einem Anfangstermin geschlossener Rechtsgeschäfte ist nicht nach dogmatischen Gesichtspunkten geordnet, sondern für die Aufeinanderfolge der verschiedenen Lehren war lediglich das Interesse der Dar=

---

1) Vergl. 1) bezüglich der bedingten Rechtsgeschäfte die Lehrbücher: Savigny, System III. § 120; Wächter, Würtemb. Privatrecht. II. § 94; Sintenis, Civilrecht. I. § 20. II; Unger, Oesterr. Privatrecht. II. § 82. IV; Vangerow, Pand. 7. Aufl. I. S. 150 ff.; Arndt's Pand. § 71; Brinz, Pand. I. S. 1447 ff.; Dernburg, Pand. I. § 109. §. 111; Förster=Eccius, Preuß. Privatrecht. I. S. 194 ff.; sodann Sell, über bedingte Traditionen (1839); besonders hervorzuheben sind: Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851; Derselbe in der Heidelb. krit. Ztschr. IV. S. 42 und Pand. I. § 89, 91 und Fitting, Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856; vergl. ferner Schönemann, Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XIX; Römer, bedingte Novation (1863). S. 73 ff.; v. Jhering, Jahrb. f. Dogm. X. S. 528. Nr. 16. S. 537, 540; Eisele, Archiv f. civ. Pr. I. (1867). S. 253 ff.; Scheurl, Nebenbestimmungen (1871). § 30—37, § 49—65; Hartmann, krit. Vierteljahrsschr. XIII. (1871). S. 513 ff.; Köppen, Jahrb. f. Dogm. XI. S. 161 ff.; Derselbe, Fruchterwerb des bonae fidei possessor. S. 27 ff.; Wendt, die Lehre v. bedingten Rechtsgeschäft (1872); Derselbe, das bedingte Forderungsrecht (1873); vergl. auch Reuverträge. S. 49 ff.; Karlowa, Rechtsgeschäft (1877). S. 76 ff.; Bechmann, System des Kaufs. II. (1884). S. 395 ff.; Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht; Pfaff u. Hofmann, Commentar z. österr. Ges. B. II. S. 553 ff. 2) Bezüglich der befristeten Geschäfte vergl. die angeführten Lehrbücher namentlich Savigny, III. § 126, Wächter, Würtemb. Pr. R. II. § 97; Pand. I. § 80; Sintenis I. S. 178 ff.; Unger II. § 83; Windscheid I. § 96; Dernburg I. § 114; ferner Scheurl a. a. O. 29 ff. und Fitting, Rückziehung S. 106; auch Lenz, zur Lehre vom dies. Tübingen (1858).

stellung und der Beweisführung maßgebend. Es ist daher nicht, wie es in Lehrbüchern zu geschehen pflegt, die Wirkung des Geschäftes bei schwebender und erfüllter Bedingung gesondert dargestellt; denn beide Fragen greifen tief in einander; namentlich kann die erstere ohne gründliches Eingehen auf die zweite nicht beantwortet werden und erledigt sich durch ein solches in den meisten Beziehungen von selbst. Dagegen war es nothwendig die in unserer Lehre verschieden behandelten Kategorien der Rechtsgeschäfte in der Darstellung zu sondern und bei jeder Kategorie Anfangstermin und Bedingung gleichzeitig oder in der durch Rücksichten auf das Quellenmaterial gebotenen Reihenfolge zu besprechen.

Als Hauptkategorien der Rechtsgeschäfte für unseren Zweck erscheinen zwei: Die rein voluntaren Geschäfte, d. h. diejenigen, bei denen die Rechtswirkung (von der stets zu Grunde liegenden Rechtsordnung abgesehen) lediglich als Folge des Willens erscheint, und die Realgeschäfte, d. h. diejenigen, welche zwar auch auf dem Willen, aber nicht auf diesem allein beruhen, sondern außerdem zu ihrer Gültigkeit, also als ein das Geschäft mitconstituirendes Moment, eine Rechtswirkung erfordern. Die Wirkung dieser Geschäfte erscheint mithin als Folge des Willens und jener mitconstituirenden Rechtswirkung (vergl. oben S. 303 ff.). Die rein voluntaren Geschäfte, als die weit zahlreicheren und zugleich älteren und wichtigeren, sind voranzustellen, und unter ihnen nehmen wieder für unsere Lehre practisch, historisch und in Bezug auf das Beweismaterial die obligatorischen Verträge und die Vermächtnisse den ersten Platz ein, so daß sie den weiteren Erörterungen über Erbeseinsetzungen, Traditionen u. s. w. zur Grundlage dienen. Dann folgen die Realgeschäfte und als Schluß, gleichsam als Prüfstein für die Richtigkeit der gefundenen Ergebnisse, eine kurze auf einer früheren Behandlung dieser Lehre durch den Verfasser fußende Betrachtung derjenigen Bedingungsverbote, welche mit der Wirkung des bedingten Geschäftes zusammenhängen.

Erster Abschnitt.

Die rein voluntaren Geschäfte.

I. Der Anfangstermin bei obligatorischen Verträgen.

1) Ableitung aus allgemeinen Principien.

§. 34.

Ueber die Wirkungen befristeter Rechtsgeschäfte herrscht nur in einer Reihe von Einzelfragen, welche von den Quellen ausdrücklich entschieden sind, Uebereinstimmung. Die Begründung dieser Entscheidungen, die gesammte juristische Construction und ihre weiteren Consequenzen sind streitig. Während nämlich die früher allein- und jetzt wenigstens vorherrschende Ansicht annimmt, das sub die a quo verliehene Recht werde sogleich erworben, nur die Geltendmachung sei hinausgeschoben[1]), behauptet Unger, dem sich Arndts angeschlossen hat, das Dasein des Rechtsverhältnisses, welches ein betagtes Rechtsgeschäft erzeugt, sei bis zu dem späteren Moment hinausgeschoben, so daß also der Erwerb des fraglichen Rechtes erst mit Eintritt des bestimmten Zeitpunktes stattfinde[2]). Aehnlich erklärt auch Windscheid bei der aufschiebenden Befristung die recht-

---

[1]) Statt Aller vergl. Savigny, System. III. § 126; Puchta, Pand. und Pand.-Vorlesungen. § 62. Wächter, Würtemb. Privatrecht. § 94. II. Nro. 4. § 97. Nro. 1. Bd. II. S. 729.

[2]) Unger, Oesterr. Privatrecht. Bd. II. § 83. II. 1. und dazu Note 6 u. 7. Arndts, § 73. Note 6. anders noch in der ersten und zweiten Auflage.

20*

liche Wirkung für einstweilen noch nicht vorhanden, fügt jedoch hinzu, da die zukünftige Existenz der rechtlichen Wirkung vollkommen sicher sei, könne auch gesagt werden, sie existire sofort und könne nur nicht sofort geltend gemacht werden [1]). Sofern damit nur angedeutet sein soll, daß bei einem so abstracten und feinen Unterschiede wie der zwischen „vorhanden, aber nicht fällig" auf der einen, „noch nicht vorhanden, aber für die Zukunft sicher" auf der andern Seite es ist, leicht eine Verwechslung der Ausdrücke vorkommen könne, so habe ich dagegen nichts einzuwenden. Wollte man dagegen, was Windscheid fern liegt [2]), behaupten, daß beide Auffassungen geradezu identisch seien, so müßte dem entschieden widersprochen werden; denn der stricte Gegensatz von vorhanden und nicht vorhanden wird dadurch nicht aufgehoben, daß das vorhandene Recht noch nicht ausgeübt werden darf, das nicht vorhandene dagegen in seiner zukünftigen Existenz gesichert ist. Jede dieser Constructionen der Wirkung des betagten Geschäftes ist für sich allein denkbar; aber nicht beide neben einander. Wir haben also zu wählen, entweder allgemein eine derselben, oder wie v. Vangerow, Sintenis, Dernburg u. A. für gewisse Geschäfte die eine, für die gewisse die andre [3]).

Man hat es versucht die Entscheidung dieser Frage aus dem vermuthlichen Willen der Parteien abzuleiten und bald behauptet, die sofortige Existenz des Rechtes folge aus dem Inhalte der befristeten Willenserklärung, bald, sie stehe mit derselben in Widerspruch. Allein man darf aus den etwa gebrauchten Worten der

---

[1]) Pand. I. § 96.

[2]) Derselbe will offenbar nur die Entstehung der verschiedenen Ausdrucksweise der Quellen erklären.

[3]) v. Vangerow, Pand. I. § 95. Anm. II. 2. folgt bei Obligationen, Pfandrechtsbestellung und Vermächtnissen der herrschenden Ansicht, nicht aber bei der Bestellung anderer dinglicher Rechte. Aehnlich Sintenis, Civilrecht. I. § 21. Anm. 14. III. § 211. sub 1. Dernburg, Pand. I. § 114. nimmt nur für das Eigenthum den Aufschub des Erwerbes bis zum Eintritt des dies an.

Parteien nichts folgern, was ihrem Willen vermuthlich fern lag, und es ist gewiß nicht anzunehmen, daß derjenige, der hundert nach drei Monaten zu zahlen verspricht (z. B. durch Accept eines Wechsels) irgend wie daran denkt, ob er durch dieses Accept sofort Schuldner einer noch nicht fälligen Obligation werden, oder ob er erst nach drei Monaten in dem Obligationsnexus treten will. Will man überhaupt für unsre Frage a priori die richtige Antwort construiren, so würde der einzige Weg der sein, die verschiedenen practischen Folgen der beiden Anschauungen zu prüfen und diejenige anzuerkennen, deren Consequenzen den Gesammtzweck des in Frage stehenden Geschäftes am besten verwirklichen. Für die so gewonnene Auffassung ließe sich dann auch der Wille der Parteien verwerthen; denn, was sie, als das Zweckentsprechendste, bestimmt haben würden, wenn sie daran gedacht hätten, werden wir im Zweifel als gewollt betrachten dürfen. Wir werden indeß diesen Weg zunächst nicht einschlagen, sondern das römische Recht, wie es geworden ist, zu Rathe ziehen, einerseits weil dabei die eben aufgeworfenen Betrachtungen ganz von selbst ihre Erledigung finden werden, andererseits weil das römische Recht für die Beurtheilung der Wirkung des dies wenigstens auf den wichtigeren Gebieten ein sehr reiches Material bietet, nämlich die im vorigen Capitel entwickelten principiellen Grundlagen, eine Reihe von directen Quellenaussprüchen, besonders aber practische Consequenzen der einen oder der anderen Ansicht, welche in den Quellen anerkannt sind. Sofern wir uns von der Nichtexistenz der gewollten Rechtswirkung vor Eintritt des dies überzeugen, haben wir sodann noch zu prüfen, ob nicht trotzdem schon vor dem dies gewisse Wirkungen eintreten, und wie diese Wirkungen zu erklären seien (Gebundenheit? Vorwirkung? werdende Rechte? Hoffnungen? u. s. w.).

Zunächst aber beschränken wir uns auf obligatorische Verträge und den reinen dies (certus an).

Der obligatorische Vertrag ist das ursprünglichste Anwendungsgebiet des **dies**. Wird doch mit Recht angenommen, daß die Wortform des **nexum** einen **dies** enthalten habe oder enthalten konnte, ist doch die Zulässigkeit bei der **expensilatio**, **stipulatio** und den neueren Verträgen sicher. Ebensowenig aber bedarf es eines Beweises, daß auch die Wirkung der Befristung bei solchen Verträgen schon früh, jedenfalls aber schon vor der klassischen Zeit in ihren Hauptzügen festgestellt sein muß. Wir sind darnach in der glücklichen Lage das für die ältere Zeit und die **negotia inter vivos** als ausnahmslos erkannte Gesetz der Simultanität von Geschäft und Wirkung ohne weiteres auf die befristeten obligatorischen Verträge anzuwenden.

Die Annahme, die Obligation entstehe aus einem befristeten Vertrage nicht sogleich, sondern erst mit Eintritt des **dies** enthielt für das ältere Recht eine Unmöglichkeit — Trennung von Ursache und Wirkung war ihm undenkbar. Wenn es nicht überhaupt auf Befristungen verzichten wollte — und das litt der Verkehr nicht — so mußte es annehmen, daß der befristete Vertrag sofort eine freilich befristete Obligation erzeuge. Daß aber diese einmal angenommene Wirkung des befristeten Vertrages nicht später geändert wurde, ist selbstverständlich, wenn man bedenkt, daß dieselbe in höchstem Maße den Bedürfnissen des Rechtslebens entspricht, und daß das Princip der Simultanität auch das spätere Recht beherrscht, wenn man auch vielleicht daran zweifeln kann, ob es nicht einige wenige Ausnahmen erlitten habe.

Der befristete Vertrag erzeugt sofort eine befristete Obligation. Was heißt das? Die herrschende Meinung sagt: Die Obligation entsteht sofort, aber sie kann einstweilen noch nicht ausgeübt werden; allein der letztere Satz ist nichts weiter als eine Beschreibung äußerer Symptome ohne Eingehen auf das Wesen der befristeten Obligation. Zudem sind diese äußeren Symptome nicht einmal schlechthin entscheidend. Es giebt Obligationen, die nicht sofort aus-

geübt werden können und doch ohne Zweifel nicht zu den eigentlich befristeten gehören. Der Acceptant eines noch nicht fälligen Wechsels und der Acceptant eines fälligen Wechsels, welcher sich vom Inhaber versprechen läßt, jener wolle nicht vor einem Jahre Zahlung fordern, stehen einander keineswegs gleich. Die bisherige Auffassung der befristeten Obligation ist also ungenügend weil zu äußerlich.

Die befristete Obligation unterscheidet sich von der unbefristeten nicht nur durch die mangelnde Ausübbarkeit — das ist nur die Folge —, sondern durch die Verschiedenheit des Inhaltes. Wenn ich verspreche am 1. Januar nächsten Jahres 1000 zu zahlen, so bin ich sofort Schuldner; aber der Inhalt meiner Obligation ist nicht „zahlen jetzt" oder „zahlen überhaupt", sondern „zahlen dann". Ich bin sofort verpflichtet, am 1. Januar 1000 zu zahlen, oder da der dies regelmäßig nur zu Gunsten des Schuldners verabredet ist: ich bin sofort verpflichtet, bis zum 1. Januar 1000 zu zahlen. Der Anfangstermin schiebt nicht das Dasein der Obligation hinaus, sondern modificiert ihren Inhalt. Es ist ganz ähnlich wie bei der Ortsbestimmung. Niemand wird behaupten, daß derjenige der versprochen hat in Hamburg 1000 zu zahlen nur in Hamburg, aber nicht anders wo, Schuldner sei. Er ist Schuldner, wo er geht und steht [1], aber der Inhalt seiner Schuld ist nicht der, zu zahlen, wo er geht und steht, sondern in Hamburg zu zahlen. Orts- wie Zeitbestimmung verändern nicht das (örtliche oder zeitliche) Dasein der Obligation, sondern deren Inhalt.

Ich mache gleich hier auf eine practische Folge dieser Auffassung aufmerksam. Es ist zweifelhaft, ob schon vor Eintritt des dies darauf geklagt werden könne, daß der Beklagte zur „Zahlung bei Eintritt des dies" verurtheilt werde. Die Consequenz, die sich aus den bisherigen Erörterungen für die Beantwortung dieser Frage

[1]) Daß er bei den obligationes certi nur am Erfüllungsorte belangt werden konnte, hat bekanntlich einen ganz andern Grund.

ziehen läßt, ist die. Da das befristete Recht schon vor dem Eintritt des dies existirt und den Schuldner verpflichtet, mit Eintritt des dies zu zahlen, so ist aus dem Wesen der befristeten Obligation kein Grund gegen die Zulässigkeit einer Klage zu entnehmen. Entscheidend ist vielmehr lediglich die dem Richter überhaupt durch das Proceßrecht gestellte Aufgabe. Faßt man diese so weit, daß derselbe überall die Rechtsverhältnisse festzustellen habe, wo für den Kläger ein Interesse an der sofortigen Feststellung vorhanden ist, so wird man vielfach auch vor dem dies eine Klage und in Folge derselben eine Verurtheilung auf künftige Zahlung zulassen müssen. Beschränkt man dagegen die Pflicht des Richters darauf, einen dem Rechte nicht entsprechenden Zustand zu beseitigen und die factischen Verhältnisse mit dem Recht in Einklang zu bringen, so wird die Klage vor Eintritt des dies stets zu verwerfen sein. Den ersteren Standpunkt nimmt bekanntlich die deutsche Civilproceßordnung ein [1]) § 231. Im römischen Recht dagegen findet die zweite engere Auffassung statt.

2) Beweis aus directen Quellenaussprüchen.

§. 35.

Unsere Ansicht, daß der dies die Entstehung der Obligation nicht aufschiebe, sondern nur ihren Inhalt verändere, indem die befristete Obligation nicht auf sofortige Zahlung, sondern auf Zahlung bei Eintritt des dies gerichtet sei, wird durch die Quellen in unzweideutigster Weise bestätigt und zwar durch sämmtliche Stellen, welche die Wirkung des Anfangstermins ausführlich anzugeben beabsichtigen.

---

[1]) Wörtlich genommen giebt § 231 allerdings nur eine Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses. Allein wenn festgestellt wird, daß der Beklagte schuldig sei am 1. Januar kommenden Jahres 1000 zu zahlen, so ist das practisch eine Verurtheilung.

Der erste Rang gebührt der L. 46. pr. D. de V. O. (45. 1).

Paulus XII. ad Sabinum Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur, quia *praesens obligatio* est, *in diem* autem *dilata solutio*.

Es ist kaum mehr als Uebersetzung, wenn wir die Stelle so wiedergeben: „die Obligation ist sofort vorhanden aber auf Zahlung bei Eintritt des dies gerichtet.“ Besonders schlagend wird aber das Fragment dadurch, daß Paulus offenbar den Zweifelsgrund gegen die Gültigkeit der Obligation widerlegen will, welcher aus der langen Trennung von Stipulation und Zahlungstermin hergeleitet werden könnte. Er sagt: die Stipulation ist trotzdem gültig, weil die Entstehung der Obligation, auf die es allein ankommt, nichts desto weniger mit dem Abschluß der Stipulation zusammenfällt (also das Princip der Simultanität keineswegs verletzt wird).

Kaum weniger beweisend sind:

§ 2. J. de verb. obl. (3. 15) id autem, quod in diem stipulamur, *statim quidem debetur, sed peti priusquam dies veniat non potest.*

L. 213. D. de V. S. (50. 16). Ulp. l. I. regularum. *Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam;* venire diem significat, eum diem venisse, quo pecuuia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; *ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit.*

Auch diese Stellen besprechen die befristete Obligation ex professo und nach beiden Seiten, der Existenz und der äußeren Sichtbarkeit der Wirkungen, insbesondere der Klagbarkeit. Wir sind also gewiß berechtigt, ihre Aussprüche über die gegenwärtige Existenz der befristeten Obligation als entscheidend für unsere Frage zu betrachten, und ganz das Gleiche gilt von L. 7. D. de compens (16. 2), welche ausdrücklich hervorhebt, daß mit befristeten Schulden nicht compensirt werden könne, obgleich schon eine Schuld, ein *dare oportere* bestehe.

Ulp. l. 28. ad Edictum. Quod in diem debetur, non compensabitur, ante quam dies venit, *quamquam dari oporteat.*

Ins Gewicht fällt nächstdem L. 10. D. de verb. signif. (50. 16), in welcher gesagt wird, daß derjenige der etwas in diem zu fordern habe, Gläubiger sei.

Ulp. VI. ad Edictum. Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione ...... sive pure, sive in diem ......

Bei derartigen Quellenzeugnissen würde die sofortige Existenz der befristeten Obligation schwerlich jemals bestritten sein, wenn man nicht geglaubt hätte, auch für die entgegengesetzte Ansicht einen Anhalt in den Quellen zu finden. Es sind hauptsächlich zwei Stellen, auf welche man sich berufen hat. Die erste ist die L. 41. § 1. D. de verb. obl. (45. 1).

Ulp. l. 50. ad Sabinum. Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si certus locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

Der Jurist sagt ein Doppeltes:

1) Wenn kein dies hinzugefügt ist, so muß sogleich gezahlt werden.

2) Ist aber ein dies hinzugefügt, so braucht der Schuldner nicht vor Eintritt des dies zu zahlen; er kann aber auch vorher leisten und der Gläubiger ist gezwungen dies anzunehmen; denn die Hinzufügung des dies gilt (im Zweifel) als nur zu Gunsten des Schuldners geschehen.

Freilich scheinen die Worte „dies efficit, ne praesenti die pecunia debeatur," wenn man sie aus dem Zusammenhange reißt, die Ansicht auszusprechen: die Schuld sei noch nicht zur Entstehung gekommen, der stipulator sei noch nicht Gläubiger, der promissor

noch nicht Schuldner; aber diese Auffassung der Worte ist geradezu unmöglich, wenn man nicht Ulpian eines groben logischen Fehlers zeihen will. Wie kann der Stipulator gezwungen sein, Zahlung anzunehmen, wenn ihm nichts geschuldet wird, und wie kann Ulpian gerade darauf, daß noch keine Schuld existirt, das Recht des Schuldners zahlen zu dürfen stützen: „ex quo apparet“. Man übersetze nur die Stelle einmal in diesem Sinn und die Absurdität wird offen zu Tage liegen. „Die Hinzufügung eines dies bewirkt, daß das Schuldverhältniß einstweilen noch nicht zur Entstehung kommt, daß der Stipulator vor Eintritt des dies nicht Gläubiger, der Promissor nicht Schuldner ist. Daraus erhellt, daß der dies nur zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt ist“ oder mit anderen Worten: „Weil der Promissor ante diem noch nicht Schuldner ist, kann er schon ante diem zahlen,“ „weil der Gläubiger noch nicht Gläubiger ist, muß er Zahlung annehmen.“

Durch die Unmöglichkeit eines solchen Gedankenganges wird die Richtigkeit der oben gegebenen Interpretation unseres Fragmentes bewiesen. Diese aber steht nicht nur mit unserer Theorie der Wirkungen des dies nicht im Widerspruch, sondern sie zeigt uns, was später zu verwerthen ist, zum ersten Male, daß die Worte „praesenti die pecunia debetur“ oder „non praesenti die debetur“ auch im Sinne von „es ist gleich zu zahlen“ „es ist noch nicht gleich zu zahlen“ gebraucht werden können; und dies ist in der That natürlich genug. Ist doch der Unterschied zwischen „noch nicht schulden“ und „noch nicht zahlen brauchen“ ein feiner, in den meisten Fragen irrelevanter, und gebrauchen doch auch wir, und zwar selbst die Anhänger der herrschenden Theorie, heutzutage beide Ausdrücke promiscue, sofern nicht gerade der Unterschied von Existenz und Fälligkeit der Schuld hervorgehoben werden soll. Wo das aber in der Absicht lag, hat auch Ulpian möglichst genau und klar die Existenz der Obligation betont, wie die oben abgedruckten L. 213. L. 10. D. de verb. sign. (50. 16) beweisen.

Die zweite Stelle, deren Beweiskraft wir zu widerlegen haben, ist die L. 44. § 1. D. de obl. et act. (44, 7). Paul. LXXIV. ad Edictum.

Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem.

Wieder ist es wahr, daß die Worte „ex die incipit obligatio“ aus dem Zusammenhange gerissen, wie das denn auch regelmäßig geschieht, für die gegnerische Ansicht ein, wenn gleich nicht sehr starkes Argument geben würden; aber in der Verbindung, in der sie stehen, sind sie dafür schlechterdings nicht zu gebrauchen. Paulus will auseinandersetzen, daß ein dies in doppelter Beziehung vorkomme als Anfangstermin und als Endtermin. Das und nur das sagen die Worte vel ex die incipit obligatio, vel confertur in diem. Nur den Gegensatz zum Endtermin soll das incipere obligationem bezeichnen. Eine genauere Darlegung der Wirkung überhaupt, oder gar eine Entscheidung der Frage ob vor Eintritt des dies eine Obligation (als befristete) schon vorhanden sei oder nicht, hat er aber durchaus nicht beabsichtigt und auch nicht gegeben, durch das „ex die incipit obligatio“ ebensowenig, als durch das „in diem confertur“ die Wirkung des Endtermins präcisirt wird.

Erst nachdem der Gegensatz von Anfangs- und Endtermin auseinandergesetzt ist, geht Paulus zu den Wirkungen beider über, und daß er hier von dem ersteren nur sagt, cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur, kann als ein Zeugniß betrachtet werden, daß ihm die ihm untergeschobene Ansicht fern lag.

Wie unzulässig es übrigens ist, aus der Ausdrucksweise von Stellen, in denen sich Gegensätze gegenübergestellt werden, auch die Entscheidung anderer sich nicht auf den Gegensatz selbst beziehenden Fragen ableiten zu wollen, liegt auf der Hand. Sagt doch zum Beispiel auch Savigny, der doch ein entschiedener Gegner der hier bekämpften Ansicht ist, „die Zeitbestimmung kann entweder an

den Anfang oder an das Ende des Rechtsverhältnisses gelegt werden. Wir können jene den Anfangstermin, diese den Endtermin des Rechtsverhältnisses nennen." (Syst. III. § 125. S. 204). Nun denn: wer Paulus als Gewährsmann für die hier bekämpfte Meinung anführt, muß auch Savigny zu den Vertheidigern derselben zählen. Aber freilich sagt Savigny einige Seiten später (§ 126. S. 210) „Die Beschränkung des Rechtsverhältnisses durch einen Kalendertag, von welchem es erst anfangen soll, hat den Sinn, daß das Recht selbst sogleich erworben, die Ausübung desselben aber bis zu jenem Tage aufgeschoben werde."

Jedoch auch Paulus sagt „praesens obligatio, in diem autem dilata solutio est" (L. 46. pr. cit.), und doch soll Paulus die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt haben? Das ist die zweite Stelle.

Alle übrigen, auf welche man sich theils berufen hat, theils wenigstens mit gleichem Rechte oder vielmehr Unrechte berufen könnte, erweisen sich nach den bisherigen Erörterungen schon auf den ersten Blick als bedeutungslos:

In L. 9. pr. D. de R. C. (12. 1) (Ulp.), L. 14. D. de R. J. (50. 17) (Pomp.), L. 76. § 1. D. de verb. obl. (45. 1) (Paulus), L. 89. eod. (Paulus) wird „praesens obligatis" beziehungsweise „praesenti die debetur", „jam debetur", „jam dari oportet" als Gegensatz zu befristeten Obligationen gebraucht, eine von uns schon gewürdigte Ausdrucksweise, welche sich auch in folgenden von (Damnations=) Legaten redenden Stellen wiederfindet.

L. 30. pr. § 2. D. de leg. I. (Ulp.), „in praesens deberi".

L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2). (Paul.) „praesens debetur".

L. 12. § 3. D. de leg. I. (Pomp.) „praesentia legata = unbefristete Legate."

Dem entsprechend wird die befristete Obligation nicht selten im Futurum besprochen. Gaj. III. § 124. L. 1. § 1. D. de cond.

(35. 1). (Pomp.) „certum est, eam debitum iri“ und bisweilen futura obligatio genannt. Gaj. IV. § 131. L. 46. D. de leg. II. (Proculus).

In der L. 9. pr. D. qui potiores (20. 4) bezeichnet sodann African einen vor dem halbjährigen Fälligkeitstermin des Miethgeldes gelegenen Zeitpunkt durch die Worte „eo tempore quo nondum quicquam pro conductione deberetur“, „wo das Miethgeld noch nicht gezahlt werden brauchte“ und ganz ähnlich sagt die L. 14. D. de verb. obl. (45. 1) (Pomponius). Si ita stipulatus essem abs te: ‘domum aedificari’? vel heredem meum damnavero insulam aedificare, Celso placet non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedificari posset: *nec fidejussores dati ante tenebuntur.*

Diese Stelle aber zeigt uns die Unzulässigkeit des Schlusses aus derartigen Ausdrücken wieder in schlagendster Weise. Die hier besprochene Forderung ist nicht etwa eine befristete. Daß Celsus nicht vor Ablauf der zum Häuserbau nöthigen Zeit eine Klage (auf das Interesse) zulassen will, ist lediglich eine Folge der Nothwendigkeit der pecuniaria condemnatio. In Wahrheit kann der Gläubiger zweifellos (wenn man nicht etwa annimmt, daß die römische Obligation überhaupt von Anfang an nur auf das Geldinteresse gerichtet sei) verlangen, daß alsbald mit dem Häuserbau begonnen werde, und heutzutage, wo auf Vornahme der geschuldeten Leistung verurtheilt wird, muß man hierauf auch vor Ablauf jener Frist eine Klage gestatten. Ein gleiches aber gilt offenbar von der Verpflichtung der Bürgen. Pomponius sagt also von einer existirenden und fälligen Obligation „fidejussores non ante tenebuntur“, nur weil noch keine Klage stattfindet.

Der Sprachgebrauch, den wir durch alle diese Stellen kennen gelernt haben, und der den Römern nicht eigenthümlich ist, sondern sich ähnlich auch im heutigen Rechtsleben findet, muß natürlich da den Ausschlag geben, wo es sich um die Interpretation von Rechts=

geschäften handelt, in denen derartige Ausdrücke sich finden. Daher darf eine Stipulation, welche auf „quicquid te dare facere aportet" oder ein Legat welches auf „quicquid mihi Lucium Titium dare oportet" gerichtet ist, nur auf die bereits fälligen Leistungen bezogen werden, weil dies der vermuthlichen Absicht der Contrahenten oder des Testators entspricht. L. 76. § 1. L. 89. D. de verb. obl. (45. 1). L. 46. D. de leg. II. Ganz verkehrt aber wäre es, hieraus auf die Nichtexistenz der Obligation vor Eintritt des dies schließen zu wollen.

Wir glauben nicht zu weit zu gehen, wenn wir diese Erörterungen in den Worten zusammenfassen: Die einschlagenden Stellen dürfen nicht gezählt, sondern müssen gewogen werden. Durch den widersprechenden Sprachgebrauch, welcher überall, wo die Wirkung des Anfangstermines nicht speziell in Frage ist, die befristete Obligation in den mannigfaltigsten Wendungen als zukünftig, die fällige als gegenwärtig bezeichnet, werden die ex professo die Wirkung des Anfangstermins behandelnden Stellen, welche trotzdem die gegenwärtige Existenz der befristeten Obligation behaupten, in ihrer Beweiskraft nicht geschwächt, sondern eher gestärkt, weil es nur um so sicherer wird, daß Inhalt und Ausdruck der letzteren nicht durch Gewöhnung, sondern durch Ueberlegung bestimmt ist.

3) Beweis aus den practischen Folgen.

§. 36.

Wichtiger als alle theoretischen Erörterungen der römischen Juristen sind ihre practischen Entscheidungen. So leicht bei jenen Ungenauigkeiten vorkommen, so scharf tritt in den practischen Consequenzen die richtige Theorie ans Licht. Das gilt auch hier. Die practischen Consequenzen beweisen die sofortige Existenz der befristeten Obligation:

I. Der zu einem obligatorischen Rechtsgeschäfte hinzugefügte

Anfangstermin hat bekanntlich im Zweifel, also wenn keine andre Absicht der Parteien ersichtlich ist, nur die Wirkung, daß der Schuldner nicht vor dem Termin zahlen braucht (diei adjectio pro reo est). Berechtigt dagegen ist er auch zu früherer Zahlung, so daß der Gläubiger zur Annahme verpflichtet ist und durch Nichtannahme in mora versetzt wird.

Dieser unzweifelhafte Satz läßt sich mit der von uns bekämpften Auffassung der Wirkungen des dies nicht vereinen. Wenn wirklich vor Eintritt des Anfangstermins noch gar keine Forderung des Gläubigers besteht, wie kann er dann zur Annahme einer Leistung, die ihm noch nicht geschuldet wird, verpflichtet sein? und wie kann durch die Annahme der noch nicht geschuldeten Leistung eine Obligation getilgt werden, die noch gar nicht besteht. Um diesem Labyrinth von juristischen Unmöglichkeiten zu entgehen, müßte man schon annehmen, der Schuldner einer befristeten (also noch nicht entstandenen) Obligation habe das Recht durch seine einseitige Erklärung, alsbald leisten zu wollen, die Obligation sofort zur Entstehung zu bringen und in Bezug auf die nun entstandene Obligation den die Annahme verweigernden Gläubiger in mora zu versetzen. Allein selbst diese höchst künstliche und geschrobene Construction hält nicht Stand; denn sie würde nothwendig zu dem unzweifelhaft unrichtigen Satze führen, daß sich die befristete Obligation durch das Anerbieten sofortiger Zahlung in eine fällige Obligation verwandle, also der Gläubiger, wenn er auch anfangs die Annahme geweigert habe, nun doch, vor Eintritt des dies, seinerseits den Schuldner zur Zahlung zwingen könnte.

Läßt sich mithin der Satz diei adjectio pro reo est mit der hier bekämpften Ansicht von den Wirkungen des dies nicht vereinigen, so steht er dagegen mit unsrer Ansicht im vollsten Einklange: Durch das befristete Versprechen wird der Schuldner sofort verpflichtet, beim Eintritt des dies zu leisten. Die Obligation wird aber (in dubio) nicht so aufgefaßt, daß er genau an jenem

Termin leisten soll; vielmehr ist ihm ein Spielraum von jetzt an bis zu jenem Termin gegeben: er ist also sofort verpflichtet, bis zum Eintritt des dies an einem von ihm selbst zu wählenden Momente zu zahlen. Dieser Verpflichtung des Schuldners aber entspricht genau die Annahmepflicht des Gläubigers. Derselbe muß in jedem Momente dieser Frist [1]) nach Wahl des Schuldners empfangen, fordern aber kann er nur, daß in irgend einem Momente derselben, also spätestens mit Ablauf des dies erfüllt werde. Hieran wird auch durch Oblation von Seiten des Schuldners nichts geändert. Der Gläubiger geräth zwar durch Annahmeweigerung in mora und kann diese mora durch spätere gehörige Bereiterklärung zur Annahme purgiren; aber ein Recht auf sofortige Zahlung hat er trotz seiner mora nicht, sondern der Schuldner ist nach wie vor nur verpflichtet, spätestens beim Eintritt des dies zu zahlen. Eine Aenderung hierin hätte nur durch Vertrag bewirkt werden können; von einem solchen aber kann bei der Annahmeweigerung des Gläubigers nicht die Rede sein, und derselbe liegt ebenso wenig in der Absicht des Schuldners; denn seine Erklärung, zu sofortiger Zahlung bereit zu sein, involvirt nicht das Versprechen der Bereitwilligkeit zu späterer Zahlung in einem dem Gläubiger gefälligen Momente vor Eintritt des dies.

II. Die Acceptilation setzt zu ihrer Gültigkeit eine schon zur Zeit der Acceptilationsvornahme existirende Schuld voraus. Eine anticipirende Acceptilation ist unmöglich. Diese Consequenz des Simultanitätsprincips ist bereits oben ausgeführt, hier sei nur daran erinnert, daß sie durch die L. 13. § 9. D. de accept. (46. 4) nicht allein offen ausgesprochen (neque enim reus antiquiore acceptilatione quam obligatio ejus est liberari potuit), sondern auch practisch realisirt wird (reus non liberabitur). Wir sind

---

[1]) Auf die Beschränkung auf nicht unpassende Zeit ist hier, da sie für unsre Frage irrelevant ist, keine Rücksicht genommen.

also berechtigt, diesen Satz als Prüfstein für die Wirkung befristeter Obligationsverträge zu benutzen. Besteht vor dem dies noch keine Obligation, so muß die Acceptilation der befristeten Schuld nichtig sein; ist die Acceptilation gültig, so war schon eine Schuld vorhanden.

L. 12. D. de accept. (46. 4). Quod in diem vel sub condicione debetur, acceptilatione tolli potest: sed ita id factum apparebit, si condicio stipulationis extiterit vel dies venerit.

Der gegen die Beweiskraft der citirten Stellen versuchte Gegenbeweis ist hier nur so weit zu prüfen, als er nicht erst durch die später darzustellende Bedingungslehre seine Erledigung finden kann. Zunächst hat man zum Gegenbeweise die L. 13. § 9 selber benutzt. Hier werde die Acceptilation der für eine erst später zu contrahirende Schuld bestellten Bürgschaft für gültig erklärt, und doch könne die Bürgschaftsschuld als accessorische Verbindlichkeit nicht vor der Hauptschuld bestanden haben und also damals auch nicht aufgehoben sein [1]). Allein dies Dogma, entstanden aus der Vieldeutigkeit des Wortes „accessorisch", durch den Zweck der Bürgschaftsschuld nicht gefordert, sondern bekämpft, durch die Quellen nicht bestätigt, sondern widerlegt, ist schon oben (S. 260) genügend beleuchtet und an gleicher Stelle ist auch das zur Interpretation der L. 13. § 9. im einzelnen etwa noch Erforderliche angegeben.

Aber auch die Beweiskraft der L. 12. cit. ist angefochten. Es ist behauptet, daß diese Stelle der Acceptilation erst Wirkung mit dem herankommenden Termin zuschreibe und also die befristete Obligation als eine zukünftige auffasse [2]). Allein das thut die L. 12 keineswegs. Der Schlußsatz ist zu übersetzen: Aber nur falls (ita si) Bedingung oder dies eintritt, wird klar werden, daß die

---

1) Windscheid, krit. Zeitschrift. Bd. IV. S. 45.

2) Windscheid a. a. O.

Acceptilation die befreiende Wirkung gehabt hat (id factum). Hätte Pomponius sagen wollen, die Acceptilation wirke erst zu der Zeit, wo die Bedingung oder der dies eintrete, so würden die Worte lauten: „sed tunc (ita) id fieri (factum) apparebit, quum (si) condicio extiterit vel dies venerit.“ Auch der Umstand, daß der Jurist sich so ausdrückt, als ob der dies möglicherweise ungewiß sei „apparebit, si dies venerit“ kann uns nicht in unserer Interpretation irre machen, erscheint uns vielmehr ganz natürlich, da wir früher gesehen haben, daß die Bestimmtheit keineswegs ein Erforderniß des dies ist. Derselbe Pomponius, der in L. 22. pr. D. quando dies (36. 2) so energisch das Verborgensein eines dies in der Bedingung und umgekehrt einer Bedingung im dies incertus (an) betont, wird bei dem Ausdruck in diem vel sub condicione neben der Bedingung nicht nur den dies certus im Sinne gehabt haben, er wollte vielmehr alle Fälle zusammenfassen, in denen dies oder condicio allein oder verbunden vorliegen und also der Paulinische Ausdruck tempus condiciove (L. 21. pr. D. quando dies (36. 2) gerechtfertigt sein würde. In Bezug auf die Gesammtheit dieser Fälle waren die Worte „ita id factum apparebit, si condicio extiterit vel dies venerit“ gewiß berechtigt, und der Zusatz überflüssig, daß natürlich, wenn von vorn herein alles klar sei, d. h. beim dies certus, nicht erst Aufklärung erwartet zu werden brauchte.

III. Die Litiscontestation und der durch sie hervorgerufene Proceß mit seinen Wirkungen sind nur möglich in Bezug auf ein zur Zeit der Litiscontestation schon existirendes Recht. Dieser Grundsatz ist direct ausgesprochen in L. 35. D. de jud. (5. 1) (oben S. 243).

Die Verpflichtung eines Bürgen sagt Javolen kann von einem zukünftigen Ereigniß abhängig gemacht sein, so z. B. bei der bedingten Verbürgung; gleichfalls ist eine pendente Verbürgung für eine Schuld möglich, welche im Moment der Verbürgung noch nicht existirt, später aber zu Stande kommt. Bei der Litiscontestation dagegen ist das Gleiche nicht möglich. Man kann dieselbe nicht auf die

Zukunft stellen und eine Litiscontestation über eine noch nicht entstandene Obligation ist undenkbar. **Iudicium non posse in futurum concipi; judicium non esse de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt; judicium, antequam aliquid debeatur, accipi non posse.** Daraus folgt, daß die consumirende Kraft der Litiscontestation auf ein zukünftiges Recht, welches ja nicht in judicium deducirt wird, keine Anwendung findet. Bei der sehr großen Bedeutung dieses Satzes für unsre Abhandlung verschmähe ich es nicht, für denselben noch weitere Beweise beizubringen. Wer mit einer dinglichen Klage zurückgewiesen ist, kann auch aus einem im ersten Proceß nicht geltend gemachten Erwerbsgrunde nicht wieder klagen [1]). Ist aber das Eigenthum neu, das heißt nach der Litiscontestation des ersten Processes entstanden, so kann aufs neue geklagt werden.

L. 11. § 4. u. 5. L. 21. § 3. L. 25. pr. D. de exc. rei jud. (44. 2).

Man formulirt diesen Satz heutzutage gewöhnlich dahin, daß aus einem späteren Erwerbsgrunde (**ex causa superveniente**) aufs neue geklagt werden könne. Allein diese Fassung ist nicht genau: es kommt nicht auf die spätere Zeit des Erwerbsgrundes, sondern lediglich des Erwerbes selber an, mit andern Worten, wenn aus einem vor der Litiscontestation liegenden Erwerbsgrunde (Legat und Tod des Testators 2c.) erst nach der Litiscontestation das Eigenthum erworben wird (bei Eintritt der Bedingung, welche bei Legaten, wie jetzt wohl fast allgemein angenommen und hier vorläufig vorausgesetzt wird, den Eigenthumserwerb hinausschiebt), so ist eine zweite Klage gestattet.

L. 11. § 4. D. de exc. rei jud. (44. 2). **Ulpianus. L. 75. ad Edictum. . . . . si forte sub condicione res legata mihi**

---

1) Die Möglichkeit der Beschränkung der Klage auf einen bestimmten Erwerbsgrund ist für unsre Frage gleichgültig.

fuerit, deinde medio tempore adquisito dominio petam, mox existente condicione legati rursus petam, putem, exceptionem non obstare: alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit [1]).

Vergl. auch § 5 eodem wo mit einem Rückblick auf den § 4 gesagt wird: Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit.

Da diese Stellen ohne Zweifel im klassischen Recht bei geltender Klagenconsumtion nicht wesentlich anders gelautet haben, so geben sie einen schlagenden Beweis unserer Behauptung. Noch eclatanter aber ist der Ausspruch der

L. 1. § 4. D. quando dies ususfructus legati cedat 7. 3. Ulpianus. Non solum autem ususfructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu; idemque etsi ex die fuerit legatus ususfructus. Denique Scaevola ait, *agentem ante diem ususfructus nihil facere, quamvis alias, qui ante diem agit, male agit.*

Daß, bevor dies legati cedit, der ususfructus noch nicht vorhanden sei, bedarf keines Beweises, eben so klar aber ist, daß durch das nihil facere die Klagenconsumtion verneint wird. Fände die Klagenconsumtion statt, so würde ja gar kein Gegensatz zu den andern Fällen, in denen male agitur, zu finden sein.

Endlich ist noch L. 36. D. de solut. (46. 3) zu erwähnen, nach welcher ein Sohn, der nach des Vaters Tode während der Schwangerschaft der Gattin desselben erbschaftliche Forderungsklagen anstellt, dieselben nur so weit, als er schon Erbe und also forderungsberechtigt war, consumirt: verius est me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem.

---

[1]) Der Schlußsatz heißt: „Denn die Klage über das frühere Eigenthum war eine andre Sache, als die jetzt hinzugetretene neue Streitsache, in der entschieden werden soll, ob das Eigenthum später erworben sei."



Nach alledem dürfte kaum ein Satz des römischen Rechtes sicherer bezeugt sein als der: die consumirende Wirkung der Litiscontestation bezieht sich nur auf bereits existirende Rechte. Die fundamentale Bedeutung desselben für unsre Frage liegt auf der Hand. „Wenn die vor Eintritt des dies stattfindende Litiscontestation die befristete Obligation aufhebt, so ist damit die Existenz der befristeten Obligation vor Eintritt des dies bewiesen. Daß die Klageconsumtion aber die befristete Obligation zerstört, wird nicht nur durch die Worte quamvis alias qui ante diem agit male agit L. 1. § 4. cit. bewiesen, da dieselben ohne Zweifel in erster Linie auf befristete Obligationen zu beziehen sind, sondern auch durch alle Stellen über die pluspetitio tempore außer Frage gestellt [1]). Denn der Grund, weshalb der wegen pluspetitio abgewiesene Kläger nicht wieder klagen konnte, war ja eben die Klagenconsumtion.

IV. Wenn Jemand eine befristete Schuld in dem entschuldbaren Irrthum, daß sie schon fällig sei, bezahlt hat, so kann er gleichwohl selbst vor Eintritt des dies die condictio indebiti nicht anstellen [2]). Dieser Satz läßt sich mit der Ansicht, daß die Forderung erst mit Eintritt des dies entstehe, durchaus nicht vereinigen. Wäre dieselbe richtig, so hätte der Kläger eine Nichtschuld bezahlt; auch zur Zeit der Klage wäre die Schuld noch nicht entstanden, die condictio müßte also zuläßig sein. Das ist unvermeidliche Consequenz; denn die Behauptung, daß die Schuld durch die vorzeitige Zahlung des Schuldners vorzeitig zur Entstehung gebracht (und a tempo aufgehoben) werde, widerlegt sich von selbst, da der Wille des Schuldners sich zu verpflichten durch die irrthümliche Annahme, er sei schon verpflichtet, von vorn herein ausgeschlossen war. Eben-

---

1) § 33. J. de act. (4. 6.) Gaj. IV. § 53. IV. § 131. Paul. I, 10. § 1. Consult. V. § 4.

2) L. 10. L. 17. L. 56. D. de cond. ind. (12. 6.)

sowenig aber ist der Versuch gelungen, den Ausschluß der condictio und die vermeintliche Nichtexistenz der Obligation durch Berufung auf den Satz „dolo facit qui petit quod redditurus est“ in Harmonie zu bringen. Dieser Satz ist nämlich selbstverständlich nur anwendbar, wenn die Verpflichtung zum reddere schon existirt und fällig ist [1]), überdem würde er auch nur eine exceptio gegen die condictio gewähren, während die oben angeführten Stellen auf ipso jure Ausschluß der condictio hindeuten: repetere me non posse; non inducit condictionem.

So unvereinbar der Ausschluß der condictio mit der Nichtexistenz der befristeten Obligation ist, so selbstverständlich folgt er aus unserer Auffassung. Wer schuldig ist bis zum 1. Juli 1000 zu zahlen (vergl. oben S. 320 ff.) und schon im Januar zahlt, der hat ein debitum bezahlt; die Schuld ist getilgt, von einer condictio keine Rede.

V. Der Grund, weshalb Sclaven und nach altem Recht Hauskinder dem Gewalthaber erwarben, lag in ihrer Vermögensunfähigkeit, also darin, daß das Resultat des Erwerbes, d. h. die Berechtigung, nicht in ihrer Person zur Entstehung kommen konnte. Daraus folgt, daß sie nur dann dem Gewalthaber erwarben, wenn sie zu der Zeit, wo das erworbene Recht zur Entstehung kam, noch in seiner Gewalt standen. Nicht der Moment der Erwerbsthätigkeit oder der sonstigen Ursache des Erwerbes war entscheidend, sondern der Moment des eintretenden Erwerbes selber. Bei einem bedingten Legat tritt, wie schon oben erwähnt wurde, der Erwerb erst mit Eintritt der Bedingung ein, der Sclav erwarb also für sich respective für seinen neuen Gewalthaber, wenn er nach dem Tode

---

1) Man beachte folgendes Beispiel: A. hat stipulirt, daß B. ihm ein Darlehen von 1000 auf ein Jahr geben solle, und klagt auf Auszahlung. Kann sich nun B. auf den Satz dolo facit etc. berufen?



des Testators aber vor Eintritt der Bedingung manumittirt oder veräußert war.

L. 14. § 3. D. quando dies leg. 36. 2. Ulpianus.

. . . si sub condicione fuerit legatum (deinde legatarius in jus alienum pervenit), non transit, sed exspectabit condicionem, eique adquiretur, cujus juris erit condicionis existentis tempore; quod si sui juris fuerit eo tempore, sibi potius adquiret.

Und ein Gleiches gilt nach den Aussprüchen desselben Juristen auch von dem unbedingten legatum usus fructus, da bekanntlich der Nießbrauch nicht vor dem Erbschaftsantritt erworben wird.

L. 5. § 7. i. f. D. eod.

. . . si usus fructus fuerit legatus, licet post mortem testatoris, ante aditam tamen hereditatem sui juris efficiatur, sibi legatum adquirit.

Wir sind sonach berechtigt, auf die befristeten Vertragsobligationen einen Rückschluß zu machen. Wenn bewiesen werden kann, daß bei denselben für die Frage, ob und welchem Gewalthaber erworben werde, der Abschluß des Vertrages der entscheidende Zeitpunkt ist, so muß in diesem Momente die Obligation (als befristete) bereits entstanden sein. Jener Nachweis ist aber leicht zu erbringen. In der L. 18. D. de R. J. und L. 78. pr. D. de V. O. wird gesagt, daß der Erwerb aus bedingten Stipulationen dem Gewalthaber zur Zeit der Stipulation zufalle, auch wenn er zur Zeit der Existenz der Bedingung nicht mehr Gewalthaber sei. Damit ist implicite auch über die befristeten Obligationen entschieden, da bedingte Obligationen zugleich befristet sind; denn das bedingte Geschäft kann, da es zugleich befristet ist, in keiner Beziehung mehr (frühere) Wirkung haben als das nur befristete.

Die besprochenen, bisher größtentheils unbenutzten fünf Beweise bestätigen in vollem Maße die in den vorigen §§ aus allgemeinen Principien und direckten Quellenzeugnissen entwickelte Ansicht. Dagegen ist eine practische Entscheidung, welche unserer Ansicht über die Wirkungen der befristeten Obligationsverträge, sei es auch nur scheinbar, widerspräche, überhaupt nicht aufzufinden. Gegenargumente aus der Bedingungslehre (wie z. B. daß bedingte Obligationen ebenfalls durch Acceptilation und Litiscontestation aufgehoben würden, oder daß bei der bedingten Obligation abweichend von der befristeten wegen vorzeitiger Zahlung condictio indebiti stattfinde) werden später erledigt.

4) Practischer Werth der aufgestellten Ansicht.

§. 37.

Die Erörterungen der vorigen §§. beweisen nicht nur die Richtigkeit unserer Ansicht, sondern sie entscheiden zugleich die zur Zeit einer bevorstehenden Codification und Reformation des Civilrechts doppelt wichtige Frage nach dem practischen Werth derselben. Dieser practische Werth besteht in einem doppelten.

I. Unsre Theorie ist die denkbar einfachste, sie führt die Wirkungen des dies lediglich auf bekannte Begriffe zurück. Indem sie besagt: Die befristete Obligation ist eine gegenwärtige Obligation, gerichtet auf Zahlung bei Eintritt des dies oder bis Eintritt des dies, beantwortet sie mit einem Schlage sämmtliche über befristete Obligationen aufzuwerfende Fragen folgendermaßen: Für die befristete Obligation gelten sämmtliche Regeln, welche für unbefristete Obligationen gelten, mit Ausnahme derjenigen, welche dem Inhalt der befristeten Obligation widersprechen würden. Die Anwendung dieser Regel ist sehr leicht, setzt jedoch eine noch etwas genauere Betrachtung der Absicht der sub die contrahirenden Parteien voraus. Regelmäßig wird der dies nur zu Gunsten des Schuldners

gesetzt. Der Schuldner soll nicht eher als bei Eintritt des dies zahlen brauchen, aber vorher zahlen dürfen, wenn er will. Dann ist also der Inhalt der befristeten Obligation nicht der, bei Eintritt des dies zu zahlen, sondern bis dahin zu zahlen, bei Eintritt des dies oder früher. Dies ist der regelmäßige Fall, diei adjectio pro reo est. Die Absicht der Parteien kann aber auch dahin gehen, daß nur bei Eintritt des dies, nicht früher oder später solle geleistet werden. Dies ist z. B. bei der Verpflichtung des Vermiethers, zumal bei der Sachmiethe regelmäßig der Fall. Dann ist also der Inhalt der Obligation, genau zu der angegebenen Zeit zu leisten. Außer diesem Hauptunterschiede sind noch leichtere Modificationen des Inhaltes der befristeten Obligation möglich. So wird es z. B. meistens die Absicht der Parteien sein, daß der Schuldner bei Eintritt des dies ohne weitere Mahnung aus freiem Antriebe seinerseits mit der Zahlung vorgehen sollte, wo er dann mindestens nach heutigem Recht bei Zahlungssäumniß ohne weiteres in mora kommt. Es kann aber auch die Absicht der Parteien sein, daß der Schuldner nur nicht vor dem dies solle zahlen brauchen, während nach dem dies es dem Gläubiger jederzeit freistehen solle, die Zahlung zu verlangen, in welchem Fall der Satz dies interpellat pro homine nicht angewandt werden darf.

Entwickeln wir die Wirkungen des dies unter Beachtung dieser Unterschiede des durch den Willen der Parteien gesetzten Inhaltes der befristeten Obligation.

1) Der Schuldner ist in allen genannten Fällen Schuldner einer bereits existirenden vollgültigen Obligation. Daraus folgt: Diese Obligation kann mit sofortiger Wirkung erlassen, wenn es eine Verbalobligation ist, auch acceptoferirt werden. Sie kann mit sofortiger Wirkung novirt werden. Sie wurde nach klassischem Recht durch Litiscontestation consumirt. Sie geht vor Eintritt des dies auf die Erben des Gläubigers wie des Schuldners über. Sie

ist dem Gewalthaber des Promissars erworben, wenn Letzterer zur Zeit des Vertragsschlusses in der Gewalt stand, auch wenn er vor dem Eintritt des dies gewaltfrei wird. Die Veräußerung des Schuldners in fraudem eines Gläubigers sub die ist mit der actio Pauliana anfechtbar; denn der Gläubiger sub die ist schon Gläubiger einer bestehenden Obligation. Die manumissio in fraudem eines Gläubigers sub die ist nichtig.

Daß auch Bürgen und Pfandrechte für eine befristete Obligation bestellt werden können, ist zwar richtig, aber keine Consequenz aus dem Bestehen der Obligation, da es auch für zukünftige Schulden mit sofortiger (freilich im Fall der Unsicherheit des Zustandekommens der Schuld pendenter) Wirkung geschehen kann.

2) Der Schuldner braucht keinenfalls vor Eintritt des dies zu zahlen. Eine Abweichung hiervon tritt nur in dem Falle ein, in welchem überhaupt alle Obligationen nicht durch die eigentlich geschuldete Leistung, sondern durch deren Geldwerth befriedigt werden (so weit des Schuldners Vermögen ausreicht), nämlich im Konkurse. Am Konkurse nimmt also der befristete Gläubiger Theil mit dem Geldwerthe seiner Forderung, d. h., wenn sie unverzinslich war, unter Abzug des interusurium. Ebensowenig wie der Schuldner vor Eintritt des dies zu zahlen gezwungen werden kann, braucht er sich Compensation gefallen zu lassen. Nur im Konkurse erleidet dies nach der Konkursordnung eine consequente Ausnahme, da ja überhaupt die Forderung im Konkurse wie eine fällige Forderung auf den jetzigen Geldwerth behandelt wird.

3) Ob der Schuldner vor dem Eintritt des dies zu zahlen berechtigt ist, hängt davon ab, in welchem Sinne der dies gesetzt ist.

a. Er ist nur zu Gunsten des Schuldners gesetzt (gewöhnlicher Fall). Dann geht die Obligation auf Zahlung bis zum Eintritt des dies. Der Schuldner kann vorher zahlen, und der Gläubiger kommt durch Annahmeweigerung in mora creditoris mit allen Folgen. Wird die Zahlung angenommen, so geht die Forderung

sofort (nicht etwa mit Eintritt des dies) unter, denn der Schuldner hat genau das geleistet, was er schuldig war, nämlich Zahlung bis spätestens am Eintritt des dies. Daher ist selbstverständlich die condictio indebiti ausgeschlossen. Mag auch der Schuldner irrthümlich seine Obligation für fällig gehalten haben, es bleibt nichts desto weniger wahr, daß seine Leistung genau dem Inhalte der Obligation entspricht.

b. Der dies ist in dem Sinne gesetzt, daß an dem verabredeten Termin (oder während der verabredeten Zeitdauer), nicht vorher oder nachher, geleistet werden solle. Z. B. ich habe mir eine Wohnung auf das Jahr 1888 gemiethet.

Hier kann der Schuldner nicht vorher leisten. Lassen allerdings beide Parteien im Einverständniß anstatt der späteren die frühere Leistung eintreten, so wird die Obligation durch diese vertragsmäßige datio in solutum getilgt. Wird aber irrthümlich früher geleistet, so entspricht die Leistung nicht der Schuld, es ist in gewissem Sinne aliud pro alio geleistet (non videtur fecisse quod promisit. Näheres darüber später); die Obligation geht nicht unter und die gemachte Leistung kann condicirt werden. Daß die Quellen diesen Fall nicht erwähnen, erklärt sich daraus, daß sie überall bei der Besprechung der Folgen des dies nur an den Normalfall, wo diei adjectio tantum pro res est, denken.

4) Da der Schuldner nur verpflichtet ist, bei Eintritt des dies (oder bis zum Eintritt des dies) zu leisten, da ihm also der Vortheil, den Schuldgegenstand bis dahin behalten zu dürfen, zugedacht ist, so sind die Früchte und anderen selbständigen Accessionen der Zwischenzeit auch dann nicht mitzuleisten, wenn sie bei unbefristeten Geschäften zu leisten wäre. Eine Ausnahme erleidet dies, abgesehen von besonderer Verabredung, nur dann, wenn der Schuldner eine vom Gläubiger oder für den Gläubiger erhaltene Sache herauszugeben verpflichtet ist und die Ueberlassung der Sache

bis zum Eintritt des dies nicht den Sinn hat, ihm den Bezug der Früchte beziehungsweise Accessionen zu gewähren [1]).

5) Der Einfluß der Befristung auf das Tragen des periculum soll, weil von dem erst festzustellenden Grunde der Regeln über die Gefahr abhängig, erst später erörtert werden.

II. Unsre Ansicht über die Wirkungen des dies führt nicht nur zu den einfachsten, sondern auch zu Resultaten, welche den Bedürfnissen des Lebens völlig entsprechen. Der Schuldner ist durch unsre Theorie eben so ausreichend gegen die Gefahr früher zahlen zu müssen geschützt, wie durch jede andre Theorie. Auf der andren Seite aber ist das Recht des Gläubigers eben durch die Annahme der sofortigen Existenz in möglichster Weise sicher gestellt und zugleich beweglich gemacht.

Vergleichen wir nun unsre Theorie mit der entgegengesetzten, nach welcher der befristete Vertrag nur eine Gebundenheit des Schuldners erzeugt, während die Obligation erst mit Eintritt des dies zu Stande kommt, so zeigt sich in Bezug auf Einfachheit das gerade entgegengesetzte Bild. Während wir mit dem bekannten Begriff einer Obligation mit genau angegebenem Inhalt operiren, wird dort der neue Begriff der Gebundenheit des Schuldners eingeführt, welche ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach zu einer Menge von Fragen Anlaß giebt.

Worin besteht diese Gebundenheit des Schuldners? Entspricht ihr ein Recht des Gläubigers? Welches ist der Inhalt dieses Rechts? Ist dieses Recht vererblich? Wie wird es aufgehoben? etwa gerade so wie Obligationen durch Zahlung, Acceptilation, Novation? Ist

---

1) Z. B. der Commodatar, dem eine Stute zum Reiten und Fahren auf gewisse Zeit geliehen ist, hat das geworfene Füllen mit herauszugeben, ebenso in gleichem Falle der Miether.



es dann etwa nicht selbst eine Obligation? Eventuell worauf ist diese Obligation gerichtet, welches ist die Leistung, welche der Gläubiger vom Schuldner fordern darf? Ist dies Recht klagbar? und wenn nicht, wie kommt es, daß es durch Litiscontestation consumirt wurde?

Wollen wir auf alle diese Fragen eine befriedigende Antwort geben, so kann sie meines Erachtens nicht anders lauten als: der Schuldner ist sofort gebunden (oder verpflichtet) bei Eintritt des dies zu zahlen, der Gläubiger hat sofort die Forderung auf Zahlung bei Eintritt des dies erworben, und dieses Recht ist eine Obligatio mit modificirtem Inhalt, welche, so weit nicht der angegebene Inhalt widerspricht, ganz nach den gewöhnlichen Regeln über Obligationen behandelt wird. Damit aber wären wir zu unserer Theorie zurückgekehrt.

II. Die Bedingung bei obligatorischen Verträgen.

1) Entwicklung aus den allgemeinen Principien.

§. 38.

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die bedingten obligatorischen Verträge in sehr frühe Zeit zurückreichen. Obligatorischer Vertrag und Legat sind naturgemäß das eigentliche Feld der Bedingung, und wenn für das Legat (manumissio testamento) das Vorkommen der Bedingung schon in den zwölf Tafeln bezeugt ist (Ulp. II. 4.), so dürfen wir wohl ein mindestens gleiches Alter für das bedingte Versprechen annehmen. Jedenfalls sind bedingte Versprechen schon zur Zeit der unbedingten Herrschaft des strengen Civilrechtes anerkannt gewesen, denn der Sponsionsproceß, der zur Ergänzung des Legisactionsverfahrens diente und jedenfalls älter ist als der Formularproceß, beruht auf bedingten Stipulationen, ja selbst die gegenseitige Provocation zum Sacrament war, wenig-

stens in der Gestalt, wie sie bei Gajus geschildert wird, im Grunde ein bedingter Vertrag (quando tu injuria vindicasti).

Wir dürfen also auf bedingte obligatorische Verträge das mindestens zur Zeit der Herrschaft des strictum jus in voller Geltung befindliche Princip der Simultanität ohne weiteres anwenden.

Das Princip der Simultanität verlangt, daß mit dem Abschluß des Geschäftes die Wirkung des Geschäftes gleichzeitig sei.

Diese Gleichzeitigkeit aber scheint der Inhalt des bedingten Vertrages zu verhindern, da derselbe die Abhängigkeit der Rechtswirkung von der Bedingung herbeiführen will. Um Beides, die Abhängigkeit der Wirkung von der Bedingung und die Simultanität, zu vereinen, wird angenommen, daß der bedingte Vertrag sofort eine pendente Obligation erzeugt. Wenn die Bedingung eintritt, wird klar, daß eine Obligation von Anfang an vorhanden gewesen ist; tritt die Bedingung nicht ein, so zeigt sich, daß nie eine Obligation vorhanden war. Das Recht giebt der Bedingung, beherrscht von dem Princip der Simultanität und der Auffassung des Willens als Ursache der Rechtswirkung, nicht constitutive, sondern nur declaratorische Bedeutung.

Daß das römische Recht mit der Annahme eines solchen Schwebezustandes trotz der Künstlichkeit des Gedankens auch hier das praktisch richtige getroffen habe, daß diese Auffassung eine Fülle von Vorzügen vor jeder anderen Construction gewährt, soll später erörtert werden, vor der Hand genügt, daß diese Auffassung für das ältere von dem Princip der Simultanität gleich einem Naturgesetz beherrschte Recht nothwendig war, wenn es nicht bedingte obligatorische Verträge überhaupt für ungültig erklären wollte.

Wenn nach dem Gesagten der bedingte Vertrag sofort eine pendente Obligation erzeugt, so ist doch keineswegs damit entschieden, daß in jeder Beziehung die sog. Rückwirkung eintrete. Dies würde der Absicht der Parteien nicht entsprechen, denn die Bedingung enthält, wie früher nachgewiesen, in der Regel einen dies,

dessen Wirkung also in jeder Beziehung anzuerkennen ist. So ergiebt sich das Resultat: Der bedingte Vertrag erzeugt sofort eine pendente (d. h. unsichere, von dem Eintritt der Bedingung abhängige) und befristete Obligation oder: der Eintritt der Bedingung zeigt, daß vom Abschluß des Vertrages an eine freilich befristete Obligation bestanden habe.

Habe ich am 1. Januar 1888 versprochen, wenn ich meinen Onkel beerbe, 100 zu zahlen, und beerbe ich meinen Onkel am 1. Januar 1890, so ist es alsdann im allgemeinen [1]) genau so, als habe ich damals versprochen „ich will am 1. Januar 1890 100 zahlen." Der am 1. Januar 1890 stattfindende Eintritt der Bedingung zeigt, daß ich schon vom Vertragsschluß an Schuldner einer Obligation gewesen bin, deren Inhalt ist: 100 zu zahlen am 1. Januar 1890.

Es ist mir nicht ganz unzweifelhaft, ob ich nach dem Gesagten zu den Anhängern oder Gegnern der Rückwirkung werde gerechnet werden.

Ich bin Anhänger der Rückwirkung bei obligatorischen Verträgen, in so fern ich bei eintretender Bedingung die Existenz der Obligation schon vom Abschluß des Vertrages datire; ich bin Gegner der Rückwirkung, in so fern ich den in der Bedingung enthaltenen dies nicht ignorire.

2) Beweis aus den allgemeinen Aussprüchen der Quellen über bedingte obligatorische Verträge.

§. 39.

Ein bedingter Vertrag erzeugt sofort eine pendente (übrigens befristete) Obligation. Mit diesem einen Worte sind die gesammten

---

[1]) Eine allerdings stattfindende Abweichung, welche daraus resultirt, daß der Satz „diei adjectio in dubio pro reo est" auf den in der Bedingung steckenden dies nicht angewandt werden kann, ist später zu besprechen.

Wirkungen des bedingten Vertrages existente, deficiente und pendente condicione angegeben.

Existente condicione zeigt sich, daß das Forderungsrecht des Gläubigers resp. die Schuld des debitor (freilich als befristete) schon vom Vertragsschluß an bestanden hat.

Deficiente condicione zeigt sich, daß der Gläubiger nie forderungsberechtigt, der Schuldner nie verpflichtet war.

Pendente condicione ist es ungewiß, ob der Promissor Gläubiger einer bereits existirenden (übrigens befristeten) Obligaton ist, oder nicht.

Damit stimmen auch die allgemeinen Aussprüche der Quellen überein. Nur ist bezüglich der Wirkung während des Schwebens und bei Eintritt der Bedingung noch eine Vorbemerkung nöthig.

Wenn auch, wie oben (S. 237 ff.) gezeigt, das Wesen der Pendenz am besten so gedacht wird, daß das Vorhandensein eines Rechtes gegenwärtig ungewiß und von einem späteren Umstande abhängig ist, so ist doch auch die Auffassung möglich, daß gegenwärtig das Recht noch nicht existire, aber, wenn es in Zukunft erzeugt werde, in jeder Beziehung zu betrachten sei, als habe es von jenem früheren Momente an bestanden. Diese Construction ist freilich unvollkommen; denn sie gründet sich auf eine Fiction; aber sie unterscheidet sich in ihren practischen Resultaten nicht von der ersteren und hat den Vortheil zumal für die Zeit des Schwebens vielfach eine einfachere Ausdrucksweise zu gestatten. Es erscheint daher als natürlich, daß die römischen Juristen bald die der einen, bald die der anderen Anschauungsweise angehörigen Ausdrücke wählen, wie wir schon oben gesehen haben. Hier wiederholt sich diese Erscheinung. Bald wird die Wirkung des Eintritts der Bedingung so bezeichnet, daß dadurch klar werde, die Obligation habe schon seit Abschluß des Vertrages bestanden, bald wird gesagt, es werde so angesehen, als ob die Obligation schon von der Zeit des Vertrages bestanden habe.

Bald wird während Schwebens der Bedingung gesagt, die Forderung sei ungewiß; bald wird der Promissor sogar als creditor (wobei als selbstverständlich zu ergänzen ist „für den Fall des Eintritts der Bedingung") oder genauer als creditor condicionalis bezeichnet; bald wird umgekehrt gesagt, die Obligation sei noch nicht entstanden, der Promissar habe nur die Hoffnung auf eine Forderung.

Welcher dieser Ausdrücke gewählt wird, hängt zumeist von der Bequemlichkeit ab. Will man hervorheben, daß die bedingte Obligation schon jetzt alle Schicksale der Obligation theilt (acceptoferirt oder durch Litiscontestation consumirt werden kann, nicht durch fraudulöse Veräußerungen des Schuldners geschädigt werden darf u. s. w., freilich alles nur für den Fall des Eintritts der Bedingung), so liegt es nahe die sofortige Existenz der Obligation zu betonen (creditur jam olim liberatus), oder den Promissar als Gläubiger zu bezeichnen (creditorem esse).

Will man dagegen betonen, daß der Promissor noch nicht zu zahlen brauche, oder daß seine Schuld (weil noch ungewiß) noch nicht als vorhanden angenommen werden dürfe, so wird gesagt, es werde inzwischen noch nichts geschuldet, oder der Promissar habe nur die Hoffnung eine Forderung zu erhalten. Ich stelle hiernach die Hauptaussprüche zusammen:

I. Die Wirkung des Eintritts der Bedingung.

a. Unsere Construction der pendenten Rechte.

1) L. 16. D. de solut. (46. 3) Pomp. l. 15 Sabinum. Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intelligitur jam olim liberatus [1]).

b. Fiction des unbedingten Geschäftsabschlusses.

2) L. 11. § 1. i. f. D. qui pot. (20. 4) Gajus l. sing. ad form. hypoth. Quum enim semel condicio exstitit,

---

[1]) Ueber die Interpretation der Stelle s. unten.

perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset; quod et melius est.

c. Mit beiden Auffassungen stimmend.

3) L. 8. pr. D. de peric. et comm. (18. 6) Paulus l. 33. ad edictum . . . . constat si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum [1]).

II. Die Wirkung des Ausfalls der Bedingung.

4) L. 8. pr. D. de peric. et commodo (18. 6) Paul. l. 33 ad ed. . . . . quodsi defecerit condicio, *nulla* est *emtio sicuti nec stipulatio.*

5) L. 37. D. de contr. emt. (18. 1) venditione quae *nulla est* si condicio defecerit.

6) L. 19. D. de hered. vend. (18. 4) deficiente condicione *nullam esse* venditionem.

7) § 1. J. de emt. et vend. (3. 23) . . . . dubitabatur, sive constat venditio sive non . . . . *sub hac condicione* staret contractus, ut, si quidem ipse . . . . . pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretium persolvatur . . . . . Sin autem ille . . . . . vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc *pro nihilo esse venditionem* . . . . .

8) L. 2. § 2. D. pro emtore (41. 4) *si putet condicionem extitisse,* quae nondum exstitit; *similis enim est ei qui putat se emisse.*

9) L. 4. § 5. D. de in diem addict. (18. 2) quum . . . . . *emtio non impleatur;* ubi sub condicione fit, quum melior condicio sit allata.

---

1) Es ist bekannt, daß quasi zur Bezeichnung sowohl einer Fiction als auch des wirklichen Grundes gebraucht wird L. 32. § 13. D. 24. 1.

10) L. 21. D. de solut (46. 3) Paul. l. 10 ad Sab. *nec debitor fuisse videbitur Sejus, quia condicio ejus deficit.*

III. Die Wirkung bei schwebender Bedingung.

a. Bezeichnung des Promissors als creditor (genauer creditor condicionalis).

11) L. 10. D. de V. S. (50. 16) *Creditores* accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione . . . sive pure, sive in diem vel sub condicione.

12) L. 42. pr. D. de O. et A. (44. 7) . . . eum qui stipulatus sub condicione, placet etiam pendente condicione *creditorem esse.*

13) L. 27. pr. D. qui et a quibus (40. 9). In fraudem *creditorum* manumittitur . . . sive . . . sub condicione sit debitum. Diversa causa est legati sub condicione relicti: nam antequam condicio exstiterit inter creditores legatarius iste non habetur [1]).

14) L. 57. D. de V. O. (45. 1). Si . . . . . . pendente condicione promissor moriatur *relinquet heredem obligatum.*

b. Bezeichnung der Forderung als noch nicht vorhanden.

15) L. 13. § 5. D. de pign. (20. 1) ante condicionem non recte agi, *quum nihil interim debeatur.*

16) L. 213. D. de V. S. (50. 16). Cedere diem significat, *incipere deberi pecuniam;* . . . . ubi sub condicione (quis stipulatus fuerit) neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

17) § 4. J. de V. O. (3. 15) ex condicionali contractu *tantum spes est debitum iri,* eamque ipsam spem in heredem transmittimus.

---

[1]) Die Entscheidung über das Legat interessirt uns hier direct noch nicht, ist aber des Gegensatzes halber zu beachten.

c. Anklänge an beide Ausdrucksweisen:

18) L. 54. D. de V. S. (50. 16). *Condicionales creditores* dicuntur et hi quibus nondum competit actio est autem competitura, vel qui *spem habent* ut competat.

19) L. 36. i. f. D. de reb. cred. (12. 1) pendente causa condicionis idem petere non possum, quoniam, quum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

Stehen diese Aussprüche auch mit der Annahme, daß bei bedingten Obligationen überhaupt keine Rückwirkung eintrete, in Einklang? Die unter I. widersprechen derselben direct. Ich will es nicht billigen, wenn man diese Stellen früher als absoluten Beweis vollständiger Rückwirkung ohne Weiteres hingenommen hat; denn es ist stets zu prüfen, ob die practischen Entscheidungen der römischen Juristen mit der von ihnen entwickelten Theorie auch in Einklang stehen. Aber ebenso unberechtigt ist es, diese Aussprüche als „ungenaue Ausdrucksweise," „unüberlegte Redewendungen," „gelegentliche Redeblumen" abfertigen zu wollen [1]. Es ist sehr schwer zu glauben, daß die römischen Juristen, welche die Pendenz der Rechte, wie oben gezeigt, so häufig und so klar und scharf besprochen haben, derartige technische Bezeichnungen der Pendenz gebraucht haben sollten, wenn bei bedingten Obligationen keine Pendenz der Rechte angenommen wäre.

Die drei Stellen enthalten die Theorie der Rückwirkung für bedingte Obligationen. Diese Theorie haben wir anzuerkennen, so lange nicht der Beweis erbracht ist, daß die römischen Juristen practisch die ihrer eigenen Theorie entgegengesetzte Ansicht befolgt haben.

---

[1] Der Versuch durch Interpretation wenigstens der L. 16 zu helfen, ist später zu besprechen.

Aber dieser durch die angeführten drei Stellen erbrachte prima facie liquide Beweis, wird durch die übrigen in erheblicher Weise verstärkt. Die Verschiedenheit der Aussprüche unter III. a. und III. b. läßt sich begreifen bei einer in ihrer Existenz unsicheren Forderung, wie wir sie pendente condicione annahmen, zumal dabei noch eine doppelte, übrigens im practischen Resultate gleiche, Auffassung im Spiele ist; denken wir aber mit unseren Gegnern die Forderung als sicher noch nicht vorhanden, so ist es doch in der That unerklärlich, wie die Quellen dazu kommen sollen, den Promissor pendente condicione als Gläubiger zu bezeichnen und aus dieser Gläubigereigenschaft practische Folgen zu ziehen.

Es ist versucht worden, am energischsten von Wendt [1]), diesem Widerspruche dadurch zu entgehen, daß man behauptete, pendente condicione sei schon ein Recht des Gläubigers vorhanden, freilich nicht das erst bei Eintritt der Bedingung entstehende, sondern ein anderes. Wendt bezeichnet dieses Recht als Forderungsrecht (S. 23 ff.) und es liegt allerdings auf der Hand, daß es, wenn es überhaupt in das System der bisher angenommenen Rechte eingeschoben werden soll, jedenfalls nichts anderes als ein Forderungsrecht sein könnte. Allein, wenn man nicht etwa dieses Forderungsrecht pendente condicione nur für den Fall des Eintritts der Bedingung annehmen will — und dadurch wäre man wieder bei der Rückwirkung angelangt — so fällt man durch diesen Ausweg nur von der Scylla in die Charybdis. Denn der Annahme eines unzweifelhaften Forderungsrechtes widersprechen nicht nur die Stellen unter III. b., welche sich nicht durch den Einwand, hier sei nur an die Klage gedacht, entkräften lassen, sondern ganz besonders auch die sämmtlichen Stellen über den Ausfall der Bedingung, sub II. Erzeugt nämlich der bedingte Vertrag jedenfalls eine Obligation, so kann bei Ausfall der Bedingung weder gesagt werden, „nec debi-

[1]) Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. Erlangen 1872.

tor fuisse videbitur," noch ist es möglich den Vertrag als emtio nulla, stipulatio nulla zu bezeichnen. Auch die letzteren Aussprüche führen uns vielmehr auf die Rückwirkung der Bedingung zurück. Mit der Nullität des Vertrages bei Deficienz der Bedingung verträgt sich nur die Annahme, daß die schon pendente condicione eintretenden Wirkungen des Geschäftes eben nur als pendente zur Entstehung kommen, also bei ausfallender Bedingung nicht vorhanden sind. Hiervon machen nur die provisorischen Sicherungsmittel ꝛc. eine Ausnahme. Diese lassen aber auch keinen Schluß auf ein zu Grunde liegendes Recht zu, da sie bekanntermaßen auch bei ungewissen Rechten, also mit anderen Worten als Schutz für ein etwaiges Recht zugelassen werden [1]).

Beweisen die sub 1. angeführten Stellen die Rückwirkung, so können sie doch nicht für absolute Rückwirkung ohne Beachtung des in der Bedingung enthaltenen dies geltend gemacht werden. Dies gilt nicht nur von L. 16. cit. und L. 8. pr. cit., da ja auch befristete Stipulationsschulden mit sofortiger Wirkung acceptoferirt werden und befristete emtiones sofort contractae sind, sondern auch von L. 11. § 1. cit.; denn wenn auch die Obligation sich bei Eintritt der Bedingung als von Anfang an existirend erwiesen hat (wie wenn sie unbedingt gewesen wäre), so kann sie doch sehr wohl eine befristete gewesen sein und dieser dies braucht nicht wegfingirt zu werden. Diese Befristung zu erwähnen fehlte Gajus jede Veranlassung, da auch Pfandrechte für befristete Obligationen sofort zur Entstehung kommen.

Zuletzt, nicht zu wenigst wende ich mich zu den practischen Entscheidungen der römischen Juristen, denen, welche unsere Theorie

---

[1]) Dies gilt nicht nur bekanntermaßen für das Obligationenrecht, sondern ebenso für andere Rechtsgebiete, und nicht nur für Cautionsansprüche, sondern auch für weiter gehende Sicherungsmittel, wie denn selbst die bonorum possessio wie bei bedingtem Erbrecht so auch bei anderen zweifelhaften, gegenwärtigen oder zukünftigen Erbrechten gewährt wird. bon. poss. ex Carboniano edicto, missio in poss. ventris nomine, ex edicto Divi Hadriani.



bestätigen, wie denen, welche als Stütze entgegengesetzter Ansichten benutzt sind, oder benutzt werden könnten.

3) Entwicklung unserer Theorie aus den practischen Entscheidungen der römischen Juristen.

§. 40. a) Die Acceptilation und die Zahlung bedingter Schulden.

Die L. 16. D. de solut. (46. 3) besagt in ihrem ersten Theile:

Pomp. l. 15. ad Sab. Sub condicione debitori si acceptum feratur, postea condicione existente intelligitur jam olim liberatus.

Die Stelle kommt in doppelter Beziehung in Betracht. Einmal beweist sie schon dadurch, daß sie die acceptilatio einer bedingten Schuld überhaupt für möglich erklärt. Da nämlich durch Acceptilation nur eine zur Zeit derselben schon existirende Obligation aufgehoben werden kann (neque enim reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio ejus est, liberari potuit L. 13. § 9. D. de accept.), so ist damit dargethan, daß die Obligation (im Fall des Eintritts der Bedingung) schon zur Zeit der Acceptilation, mit anderen Worten vom Vertragsschluß an, existirt haben muß. Andererseits aber ist auch in der Stelle ausdrücklich gesagt, daß die Befreiung schon im Moment der Acceptilation eingetreten sei, woraus sich wieder ergiebt, daß die Obligation schon damals existirt haben muß.

Die cardinale Wichtigkeit dieser Stelle in Verbindung mit der L. 13. § 9. de accept. für die Beurtheilung der Wirkung der Bedingung ist von jeher betont, und es erklärt sich, daß die Gegner jeder Rückwirkung in irgend welchem Sinn die mannifaltigsten und unter einander divergirendsten Versuche gemacht haben sie zu entkräften.

Man hat behauptet die Acceptilation sei nicht sowohl eine Aufhebung der Obligation, als vielmehr des Vertrages, und der Ver=

trag könne auch vor seiner Wirksamkeit aufgehoben werden [1]). Allein ein Blick auf die Form der Acceptilation, auf ihre Vergleichung mit der Zahlung, endlich auf die unbestrittene Thatsache, daß durch die Acceptilation mit dem Bürgen der Hauptschuldner frei wird, beweist die Irrigkeit dieser Auffassung, da doch in der That nicht einzusehen ist, weshalb der Hauptschuldner durch Aufhebung des Bürgschaftsvertrages frei werden sollte.

Ernster sind die Gegengründe Windscheid's [2]). Derselbe beruft sich erstens darauf, daß auch befristete Obligationen, bei denen doch der Gedanke an Rückziehung ausgeschlossen sei, durch Acceptilation aufgehoben würden (L. 12. de accept.), allein es ist schon oben nachgewiesen, daß die befristete Obligation sofort existent ist und daher auch sofort acceptoferirt werden kann, ohne daß wir deshalb im Widerspruch mit den Quellen eine anticipirende Acceptilation annehmen brauchten [3]). Windscheid zieht ferner die Obligation des Fidejussors für eine zuküftige Schuld heran, welche nach L. 13. § 9. allerdings durch Acceptilation aufgehoben werden kann. Allein wir haben schon oben nachgewiesen, daß die Fidejussio für eine zukünftige Schuld sofort eine pendente Obligation erzeugt, welche also auch sofort acceptoferirt werden kann (freilich so, daß die Wirksamkeit der Acceptilation vom Zustandekommen der Hauptschuld abhängt).

Besonders aber sucht Windscheid aus der L. 16. cit. selber und zwar aus dem Schluß derselben zu deduciren: et hoc etiamsi solutio re fiat accidere Aristo dicebat, scripsit enim, si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio extitisset, in solutum cederet, existente condicione liberari eum, nec obstare, quod ante ejus pecunia facta est.

---

1) Schönemann, Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß. N. F. Bd. 19. S. 10. „Diese (die Acceptilation) vernichtet nicht die Forderung sondern das Geschäft."

2) Heidelberger kritische Zeitschrift. Bd. IV. S. 45 ff.

3) Auch der Wortlaut der L. 12. ist schon erklärt (S. 322 ff.).

Hier werde mit der Acceptilation, der imaginaria solutio (Gaj. III. 169), die solutio re zusammengestellt und in Betreff dieser die unserer Auslegung entgegengesetzte Behauptung mit dürren Worten ausgesprochen (existente condicione liberari u. s. w.).

Aber auch dieser bedeutendste aller Gegengründe hält bei genauerer Betrachtung, welche freilich ein näheres Eingehen auf die Zahlung bedingter Schulden erfordert, nicht Stich.

Wie früher erörtert, enthält die Bedingung regelmäßig einen dies. Dieser dies kann aber nicht so gewollt sein, daß der Schuldner bis zum Eintritt des dies zahlen solle also auch vorher zahlen dürfe; denn die durch die Bedingung gegebene Ungewißheit schließt den Gedanken an früheres Zahlendürfen aus. Die bedingte Obligation kann also pendente condicione nicht gezahlt werden.

Würde (etwa aus Irrthum über den Eintritt der Bedingung) die Zahlung mit der Absicht sofortiger Tilgung der Obligation versucht, so wäre aliud pro alio geleistet (vergl. oben S. 332). Befreiung, wenigstens sofortige Befreiung kann nicht eintreten.

Dies Alles ist ausdrücklich bezeugt in

L. 38. § 16. D. de V. O. (45. 1) Ulp. L. 49. ad Sab. Inter incertam certamque diem discrimen esse, ex eo quoque apparet, quod certa die promissum vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur; at qui promisit 'si aliquid factum sit' vel 'cum aliquid factum sit', nisi, cum id factum fuerit, dederit, *non videbitur fecisse quod promisit.*

Eine Zahlung mit sofortiger Wirkung ist also allerdings pendente condicione ausgeschlossen, aber aus einem Grunde (non fecit quod promisit), der auf die Acceptilation nicht anwendbar ist, während von dem nach der Ansicht unserer Gegner entscheidenden Grunde (der Nochnichtexistenz der Forderung) keine Rede ist. Dagegen steht einer Hingabe des geschuldeten Gegenstandes in dem Sinne, daß dieselbe bei eintretender Bedingung Zahlung bewirken

soll, nichts im Wege (**ea condicione, ut si condicio exstitisset in solutum cederet**). Die Zahlung ist hier, auch wenn der Eigenthumsübergang vorher erfolgt sein sollte, ein unvollendetes Geschäft, das aber mit eintretender Bedingung vollendet wird; denn wie eine gültige Zahlung angenommen wird, wenn das Eigenthum des gezahlten Gegenstandes erst nach der Uebergabe etwa durch Vermischung des Geldes oder durch Usucapion auf den Empfänger übergegangen ist, ebenso wohl ist eine Zahlung vorhanden, wenn umgekehrt der Eigenthumserwerb dem Moment, wo die Befreiung eintreten sollte, voranging.

Wir kommen also in den beiden Fällen der L. 16 zu gleichem Resultate, was die Gültigkeit der Liberirung im Fall eintretender Bedingung betrifft, zu ungleichem hinsichtlich der Zeit, zu welcher die Liberirung stattfindet, und diese Gleichheit und Ungleichheit ist mit den denkbar klarsten Worten ausgesprochen: (**condicione existente intelligitur jam olim liberatus — existente condicione liberari eum nec obstare, quod ante ejus pecunia facta est**).

Daß beide Fälle durch die Worte „**et hoc etiamsi solutio re fiat, accidere Aristo dicebat**“ gleichgestellt sind, kann uns auch nicht allzu sehr Wunder nehmen; denn in der Hauptsache sind sie gleich. In beiden Fällen wird der Schuldner frei, obgleich es im Moment des Acceptilations- oder Zahlungsaktes noch an einem Erforderniß der Befreiung fehlte. Die practisch weit zurücktretende und abgesehen von besonderen Complikationen kaum in Betracht kommende Verschiedenheit in der Zeit der Befreiung ist von dem Juristen nicht besonders betont; aber daß er diese Verschiedenheit kannte, zeigt die Verschiedenheit des Ausdrucks im einen wie im anderen Falle. Kaum in irgend einem Punkte haben die römischen Juristen schärfer und überlegter gesprochen, als wo es sich um die Frage „Rückwirkung oder nicht?“ handelte, und auch hier sind alle Versuche vergeblich, die völlig klaren Worte, welche im ersten Fall Rückwirkung im zweiten Nichtrückwirkung aussprechen, umzudeuten.

Wenn Windscheid die Worte „jam olim liberatus“ dahin interpretiren will, daß „schon vor dem Eintritt der Bedingung eine gültige liberirende Thatsache vorhanden war,“ so ist das dem Wortlaut „jam liberatus est“ zuwider; und doch würde selbst dieser Preis nicht genügen um Einklang in die Stelle zu bringen, weil man nun doch wieder das zweite liberari in einem ganz andern Sinne, nämlich von der wirklich eingetretenen Liberirung, verstehen müßte [1]).

Dazu kommt, daß das von uns gewonnene Resultat bezüglich der Acceptilation einer bedingten Schuld durch die L. 12. D. de accept. von demselben Juristen seine volle Bestätigung findet,

Pomponius L. 26. ad Sab. Quod . . . . . sub condicione debetur acceptilatione tolli potest: sed ita (nicht tunc) id factum apparebit (nicht fiet oder fieri apparebit) si (nicht cum) condicio stipulationis exstiterit.

und in gleicher Weise durch Papinians

L. 77. D. de R. J. . . . . . si acceptum feratur ei, qui sub condicione promisit, ita demum *egisse* aliquid acceptilatio *intelligitur* (nicht tunc demum agit aliquid acceptilatio), si (nicht cum) obligationis condicio extiterit [2]).

Vielleicht im Gefühl der Unzulänglichkeit der bisherigen Gegen-

---

[1]) Volle Uebereinstimmung in die Stelle zu bringen, ist nur durch Conjectur möglich. Vergl. Mommsen, Pand.-Ausgabe. Insbesondere scheint mir auch Scheurl's Versuch beide Ausdrücke als für beide Fälle zutreffend zu bezeichnen mißlungen. Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. S. 152.

[2]) Am leichtesten macht sich die Beurtheilung der Acceptilation bedingter Schulden Abickes zur Lehre von den Bedingungen nach römischem und heutigem Recht. 1876. S. 133. Er erklärt die Worte des Pomponius „jam olim liberatus“ in L. 16. de solut. als „arglos geschrieben,“ die L. 16. D. (46. 4) muß heißen L. 12. D. (46. 4) für „in ihrer Allgemeinheit unrichtig“ und ignorirt die L. 77. D. de R. J.

beweise hat Wendt noch die L. 72. D. de fidejussoribus (46. 1) und L. 13. § 6. D. de accept. (46. 4) ins Feuer geführt.

In der L. 72. verbürgt sich Jemand unter der Bedingung 'si navis ex Asia venerit' aber zugleich dergestalt, daß er nur bei Lebzeiten haftbar sein will. Wird ihm hier pendente condicione acceptoferirt und tritt die Bedingung erst nach seinem Tode ein, so wird der Hauptschuldner nicht befreit [1]), weil der Bürge überhaupt nicht verpflichtet wird, und die Acceptilation also total wirkungslos ist. Hieraus geht allerdings hervor, daß die Acceptilation nicht im Moment ihrer Vornahme gewirkt haben kann; wenn aber Wendt daraus die Möglichkeit einer anticipirenden Acceptilation und den Nichteintritt irgend welcher Rückwirkung bei bedingten Obligationen zu deduciren sucht, so hat er den eigentlich entscheidenden Punkt nicht beachtet. Wenn jemand etwas unter einer Bedingung versprochen hat, so kann er diese Obligation nicht vor Eintritt der Bedingung erfüllen. Hat er zugleich so versprochen, daß er nur bei Lebzeiten haftbar sein wollte, so zeigt sich, wenn die Bedingung erst nach seinem Tode eintritt, daß sein Versprechen in der That einen Widerspruch in sich selbst enthielt. Es war, wie sich jetzt herausgestellt hat, gerichtet auf Zahlung in einem Moment, in dem der Schuldner nicht zur Zahlung verpflichtet sein wollte. Folglich ist das Versprechen nichtig, der Bürge wird (auch bei eintretender Bedingung) überhaupt nicht verpflichtet, war also auch zur Zeit der Acceptilation nicht Schuldner. Die Acceptilation war für ihn und folgeweise auch den Hauptschuldner wirkungslos [2]).

Ganz ähnlich verhält es sich mit

---

1) Bekanntlich befreit die Acceptilation mit dem Bürgen regelmäßig auch den Hauptschuldner.

2) Vergl. auch Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung. S. 15 u. 16, der, obgleich Gegner jeder Rückwirkung bei Suspensivbedingungen, die Beweisunkräftigkeit dieser Stelle für seine Theorie anerkennt.



L. 13. § 6. cit. **Si Stichum aut decem sub condicione stipulatus Stichum acceptum fecerit et pendente condicione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt perinde ac si acceptilatio interposita non fuisset.**

Wer den Stichus unter einer Bedingung versprochen hat, der hat, wenn diese Bedingung erst nach Stichus Tode eintritt, in der That etwas Unmögliches versprochen. Deshalb ist das Versprechen nun als von vorn herein ungültig [1]) zu behandeln. Die Acceptilation des Stichus erweist sich also als nichtig und die 10 bleiben geschuldet. Endlich hat sich Eisele [2]) noch mit einem Scheine von Berechtigung auf L. 21. D. de accept. berufen, welche indessen bei der Besprechung der Novation bedingter Schulden ihre Erledigung finden wird.

§ 41. b) Fortsetzung. Zulässigkeit der condictio indebiti bei Zahlung bedingter Schulden.

Unsere bisherigen Betrachtungen über die Zahlung bedingter Schulden, bestätigt durch die L. 38. § 16. D. de V. O. (45. 1), haben ergeben, daß eine bedingte Schuld pendente condicione nicht mit sofortiger Wirkung gezahlt werden kann. Hieraus folgt unmittelbar, daß, wenn pendente condicione gezahlt ist in dem irrthümlichen Glauben, die Schuld sei unbedingt oder die Bedingung sei schon eingetreten, pendente condicione die condictio indebiti gegeben sein muß. Man darf hier nicht einwenden, es sei ja nach unserer Ansicht pendente condicione ungewiß, ob eine Schuld vorhanden sei oder nicht, während doch die condictio die Nichtexistenz

---

[1]) Dieser höchst folgenreiche Satz ist später noch genauer auszuführen; nur vor der Hand sei darauf aufmerksam gemacht, daß aus ihm sich auch erklärt, weshalb der Verkäufer beim bedingten Kauf das periculum interitus und nur dieses trage.

[2]) Archiv f. civ. Praxis. Bd. 50. S. 303.

der Schuld voraussetze; denn wenn es auch ungewiß ist, ob eine Schuld existirt, so ist es doch ganz gewiß, daß die gemachte Zahlung nicht der etwa vorhandenen Schuld entspricht. Es ist aliud pro alio geleistet (non videbitur fecisse quod promisit L. 38. § 16. cit.) und durch die gemachte Leistung konnte daher keine Tilgung der Schuld herbeigeführt werden. Daß aber die condictio indebiti begründet ist, wenn eine Leistung andern Inhaltes als des geschuldeten gemacht wurde, welche eben darum keine Tilgung der Obligation herbeiführt, bedarf keines Beweises. Die Quellen stimmen mit dem gefundenen Resultate völlig überein.

L. 16. u. 56. D, de cond. ind. (12. 6).

Man hat bisher diese Zulässigkeit der condictio als einen Cardinalbeweis gegen die Rückziehung der Bedingung betrachtet. Ob sie ein solcher wäre gegen die Rückziehung in dem üblichen Sinne, daß das Geschäft bei eintretender Bedingung als von Anfang an unbedingt (und unbefristet) geschlossen betrachtet werde, kommt für uns nicht in Betracht [1]); es genügt gezeigt zu haben, daß sie mit unserer Construction der Wirkungen bedingter Geschäfte nicht im leisesten Widerspruch steht.

[1]) Beiläufig darüber Folgendes: Kann man nicht die condictio indebiti auch dann zulassen, wenn es für menschliches Wissen ungewiß ist, ob die Schuld existirt? Zwar kann dann der Kläger den Beweis der Nichtexistenz der Forderung nicht erbringen (ebensowenig der Beklagte den Beweis der Schuld); aber ist nicht vielleicht der Beweis des indebitum dem Kläger nur deshalb aufgebürdet, weil man aus der von einem verständigen Manne vorgenommenen Zahlung auf das Vorhandensein der Schuld bis zum Gegenbeweis schließen darf. Daraus würden sich die Ausnahmen der L. 25. § 1. D. de probat. (22. 3) erklären. Zugleich aber würde sich daraus ergeben, daß dem Kläger die Beweislast nicht aufgebürdet werden kann, wenn der Schluß von der Zahlung auf das Bestehen der Schuld wegen Pendenz der letzteren sicher nicht gemacht werden kann. Vom Kläger die Beweislast abwälzen heißt aber nichts anderes als die condictio während Schwebens der Bedingung für zulässig erklären; denn der Beklagte kann ja das debitum nicht erweisen.



Wie wenig übrigens der Versuch die Begründung der condictio indebiti auf die vermeintliche Nichtexistenz der Obligation zurückzuführen gelungen ist, beweist auch die L. 56. D. de cond. ind. (12. 6); denn die Existenz der nur durch eine temporalis exceptio entkräfteten Obligaton wird nicht zu leugnen sein; also hatte auch im Falle der L. 56. cit. möglicherweise eine nicht ungültige Obligation existirt, trotzdem aber wird die condictio für begründet erklärt und das Verhältniß geradezu als Analogon der Zahlung bedingter Schulden bezeichnet [1]).

Es bedarf schließlich kaum der Erwähnung, daß nach Eintritt der Bedingung die condictio ausgeschlossen ist, da der Gläubiger nicht verpflichtet sein kann, zu restituiren, was er selbst sofort zu fordern berechtigt ist.

L. 82. pr. D. de legatis I. . . . liberatur, perinde atque si quis pendente condicione solvit per errorem et, antequam condiceret, condicio exstiterit.

Noch weniger kann es einem Zweifel unterliegen, daß pendente condicione die condictio ausgeschlossen ist, wenn das Geleistete der Absicht bei der Hingabe gemäß nach Eintritt der Bedingung Zahlung bewirken sollte (ut existente condicione in solutum cederet L. 16. D. 46. 4), sowie daß die Klage überhaupt nicht stattfindet, wenn ein Gegenstand (der geschuldete oder ein anderer) als Preis für die Aufhebung der bedingten Schuld — möge die Be-

---

1) Papinianus l. 8. quaest. *Sufficit ad causam indebiti incertum esse* temporaria sit an perpetua exceptionis defensio, nam si qui, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti: ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio juris, quae causam incertam habet, *condicionis* (Mommsen) *instar*. optinet.

dingung eintreten oder nicht — gegeben ist. Nur darf man im letzten Fall nicht von Zahlung reden wollen.

§. 42. c) Litiscontestation über bedingte Schulden.

Es ist oben (S. 323 ff.) nachgewiesen, daß eine wirksame Litiscontestation mit consumirender Kraft (nach classischem Proceß) nur über ein zur Zeit derselben schon existirendes Recht möglich ist (judicium antequam debeatur accipi non posse L. 35. D. de jud. (5. 1)). Wie wir diesen Satz schon zur Beurtheilung der Wirkungen des dies benutzten, so stellt er auch die Wirkungen bedingter obligatorischer Verträge ins klarste Licht. Wenn es wahr wäre, daß die Obligation erst mit dem Eintritt der Bedingung zu Stande käme, so müßte die Litiscontestation pendente condicione für jeden Fall, auch den der eintretenden Bedingung wirkungslos sein, so daß also nach dem Eintritt der Bedingung die Klage wiederholt werden könnte. In Wahrheit aber ist die Wiederholung der Klage nach eingetretener Bedingung im classischen Recht bekanntlich ausgeschlossen, und darin zeigt sich, daß die Obligation für den Fall des Eintritts der Bedingung schon pendente condicione existirt hat und daher consumirt werden mußte.

§ 33. J. de act. 4. 6 tempore (sc. plus petitur), veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit.

Die Institutionenstelle über die pluris petitio ist offenbar mit wenigen Veränderungen, besonders erläuternden Zusätzen, aus Gajus IV. §. 53 abgeschrieben. Die älteren Gajus-Ausgaben theilen diese Meinung. Auch Krüger, obgleich er es früher [1]) geleugnet hat, scheint jetzt dieser Ansicht zu sein, da er die in Betracht kommenden leider nur unvollständig erhaltenen Zeilen des Gajus im Anschluß an die Institutionen ergänzt und dies zu Zeile 11—19 seiner

[1]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7. S. 234. Anm. 31.

Ausgabe (S. 156) ausdrücklich notirt. Trotzdem hat er, bestimmt durch eine früher von ihm vertretene Ansicht, die Worte vel ante condicionem nicht aufgenommen, sondern liest: *tempore plus petitur, veluti si quis* ante *diem petierit; loco plus petitur, veluti si quod certo loco* dari promissum est, id *alio loco sine commemoratio*ne ejus loci petatur. Er bemerkt dabei, daß er das erste „plus petitur", um den sonst überflüssigen Raum auszufüllen, gesetzt habe, und ferner, daß er die Worte vel ante condicionem wegen Raummangel weggelassen habe. Also vorn war zu viel, hinten zu wenig Raum und zwar einfach aus dem Grunde, weil er das (wenn auch undeutlich) lesbare „ante" ohne jeden Grund für das erste ante gehalten hat, während es den Raumverhältnissen nach das zweite ante sein muß. Durch eine Ergänzung im unmittelbaren Anschluß an die Institutionen und zwar unter Beibehaltung der Worte „vel ante condicionem" werden die Raumverhältnisse aufs allergenauste beobachtet und der ganze Passus erhält zugleich einen weit besseren Satzbau als nach Krügers Fassung. Die versus 13—19 lauten danach:

versus 12. . . . . Plus autem quattuor
13. modis petitur: re, tempore, loco, causa. re *veluti si quis pro X*
14. milibus quae ei debentur XX milia petierit, *aut* si *is cujus*
15. ex parte res est, totam eam aut majore ex parte *suam*
16. esse intender*it: tempore, veluti si quis ante diem vel*
17. ante *condicionem petierit; loco, veluti si quod certo loco*
18. dari promissum est, id *alio loco sine commemoratio-*
19. ne ejus loci petatur etc.

Die vollen Zeilen des Codex enthalten mit seltenen Ausnahmen 35 bis 45 Buchstaben und ganz besonders häufig sind die Zahlen von 38 bis 42. Nach unsrer Lesart aber enthalten die beiden in Frage stehenden Zeilen 16 und 17, erstere 38, letztere

41 Buchstaben, wobei zu bemerken ist, daß statt veluti in beiden Zeilen die gewöhnliche Abkürzung uu mit Strich und Punkt und statt quod das gewöhnliche Sigel, ein unten durchstrichenes q., gestanden haben wird, sowie daß in Zeile 16 statt esse ee im Codex gelesen wird.

Wenn also irgend wo, so sind wir hier berechtigt aus den Justinianischen Institutionen und zwar vollständig zu ergänzen, nicht aber unter ganz willkürlicher, nicht vorhandene Raumschwierigkeiten erst schaffender Hinweglassung der Worte „vel ante condicionem“ [1]).

Krüger würde denn auch schwerlich auf seine Ergänzung gekommen sein, wenn er nicht Quellenstellen gefunden hätte, welche ihm für die Nichtconsumtion zu sprechen schienen [2]).

Allein von den citirten vier Stellen fällt zunächst die L. 1. § 4. D. quando dies ususfr. (7. 3) als von Legaten sprechend völlig weg; denn die Behandlung der bedingten Legate ist eben eine ganz andre als der bedingten Vertragsobligationen, und was wir als Gegenbeweis gegen unsre Theorie der bedingten Vertragsobligationen nicht gelten lassen können, werden wir später als Beweis für unsre Theorie bedingter Legate benutzen.

Ebenso unbeweisend ist die L. 43. § 9. D. de aed. ed. (21. 1), da sie offensichtlich nicht von der Klage aus der bedingten Vertragsobligation, sondern von dem lediglich auf gesetzlicher Bestimmung [3]), nicht aber auf dem Willen der Parteien beruhenden Verlangen der Aufhebung des Vertrages (zumal wegen ädilicischer Mängel) spricht und nur besagt, eine Klage auf Auflösung des Vertrages existire

---

[1]) Die einzige von den Compilatoren vorgenommene nennenswerthe Veränderung ist die Einschiebung der recht schwachen Erläuterung qua ratione — videtur, welche den Satzbau durchbrach und daher die Wiederholung des Verbums plus petitur hinter loco nöthig machte.

[2]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7. S. 233—37.

[3]) Vergl. oben S. 147 ff., namentlich 149 ff.

nicht vor der perfecta emtio und könne also, wenn sie vorher angestellt sei, später wiederholt werden.

Noch schlimmer steht es mit der Beweiskraft der L. 36. D. de reb. cred. (12. 1).

> Javolenus l. 1. epistularum. Pecuniam, quam mihi sine condicione debebas, jussu meo promisisti Attio sub condicione: cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti? [1]) Si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? respondit: non dubito, quin mea (ea Mommsen?) pecunia, quam ipse sine condicione stipulatus sum, etiam si condicio in persona Attii qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub condicione stipulatus est, non extiterit, *credita esse permaneat* (perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset): pendente autem causa condicionis idem petere non possum, quoniam, cum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, *ante tempus* petere videor.

An Javolenus wird die Frage gerichtet: „Wenn auf meine Delegation mein unbedingter Schuldner dem Attius unter einer Bedingung verspricht, ist es da, während pendente condicione meine Forderung in dieser Lage sich befindet, so, als ob mein Schuldner mir unter der entgegengesetzten Bedingung versprochen hätte, und wenn ich pendente condicione klage, erziele ich da keine Wirkung? (an nihil acturus sum?) Der Jurist antwortet: Un-

---

[1]) Der Satz tam — spopondisti ist hier mit einer Aenderung der gewöhnlich in den Ausgaben befolgten Interpretation als Fragesatz gefaßt. Hierfür spricht einmal, daß sonst eine Emendation nöthig wäre, nämlich tamquam *si* . . . . . . spopond*isses*; andererseits die Antwort des Javolenus, welche auch hierauf erwidert. Uebrigens ist dieser Punkt für unseren Beweissatz nur von untergeordneter Wichtigkeit.



zweifelhaft bleibt zwar, wenn die Bedingung nicht eintritt, meine Forderung bestehen (credita esse *permaneat*), als wäre die Novationsstipulation nie geschlossen; gleichwohl kann ich, während die Bedingung der Novationsstipulation schwebt, nicht klagen, weil ich sonst zu früh (ante tempus) klage." Daß diese Entscheidung auf dem mit der Delegation verbundenen stillschweigenden pactum, nicht vor der Entscheidung der Bedingung klagen zu wollen, fußt[1]), und mit der Consumtionsfrage nichts zu thun hat, erkennt man auf den ersten Blick. Uebrigens ist auch L. 80. und 83. D. de jur. dot. (23. 3) zu vergleichen, ferner die Analogie der L. 7. § 3. i. f. D. de jur. dot. (23. 3). Ein aufmerksames Auge wird auch das „videor" nicht übersehen. Es wird hier nicht eigentlich ante tempus geklagt; denn die Schuld ist unbefristet; aber wegen des pactum de non petendo wird sie der befristeten gleich geachtet, wird so behandelt als wäre sie befristet. In dieser Bedeutung steht videor sehr häufig, z. B. L. 5. D. de inoff. test. (5. 2). Krüger giebt denn auch zu, daß der Jurist „sich über die Consumtion nicht ausspricht." Was soll nun das Beweisende der Stelle sein? Krüger nimmt zunächst an, daß die Worte „an nihil acturus sum" eine Frage nach dem Eintritt der Consumtion seien. Dies ist zuzugeben; allein zugleich enthalten sie eine Frage nach dem Ausgange des Processes (Durchdringen oder nicht?) und so ganz vorzugsweise hat sie Javolenus aufgefaßt; denn nur hierauf giebt er Antwort. Sodann meint Krüger, der Anfragende habe die Meinung gehabt, die ursprüngliche obligatio pura stehe der sub condicione contraria eingegangenen gleich, und Javolenus billige diese Meinung; allein die Antwort des Javolenus lautet dahin, daß die Obligation, wenn die Bedingung der Novationsstipulation ausfalle, dem Gläubiger ver-

[1]) Vergl. Römer, bedingte Novation. S. 114—17.

bleibe, wie wenn die Novationsstipulation nicht abgeschlossen wäre (*credita permaneat*, vergl. auch L. 37. D. de jure dotium (23. 3) si secutae non sunt (sc. nuptiae), *manet* debitor mulieri *obligatus*; Gaj. III. § 179. si defecerit, *durat* prior *obligatio*; § 3. J. quib. mod. obl. toll. 3. 29). Das ist aber eine Verneinung jener anderen Ansicht, nach welcher die Forderung erst zu einer bedingten gemacht würde, um nur eventuell durch Eintritt der condicio (contraria) wieder perfect zu werden [1]). Mit einem Worte Javolenus sagt: Der Grund, den Du angiebst, schlägt Dich unzweifelhaft nicht; aber ein anderer, nämlich, daß Du zu früh klagst, schlägt Dich.

Endlich ist Krüger, um zu seinem Resultate zu gelangen, genöthigt, in Abrede zu stellen, daß die Schlußworte „ante tempus petere videor" auf eine pluris petitio tempore hindeuten. Dagegen sind zu vergleichen:

Paull. rec. sent. I. 10. § 1. Plus petendo causa cadimus aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate: loco, alibi; summa, majorem; tempore, *ante petendo*, quam debetur etc.; vergl. Consult. V. 4. „tempore, *ante petendo*";

L. 1. C. de plus pet. (3. 10) „*ante* definitum *tempus* debitum exegerit";

vetus versio Zenonianae constitutionis (eodem) „*ante tempus* debitum exegerit."

Mit der hiernach allein noch übrig bleibenden L. 13. § 5. D. de pignoribus (20. 1) hat es eine eigene Bewandtniß. Sie erbringt in ihrem zweiten Theile mindestens eben so viel Beweis für, als in ihrem ersten Theile gegen die Consumtion. In dem zweiten Theile „sed si praesens sit debitum" etc. wird gesagt,

---

[1]) Später, nämlich bei Besprechung der bedingten Novation, wird sich auch ergeben, daß die hier verneinte Ansicht auch in der That falch sein würde. Vergl. auch Römer, bed. Nov. S. 85 ff. daselbst auch die Litteratur.

daß eine Pfandklage aus bedingter Verpfändung für eine unbedingte Schuld pendente condicione zur Cautionsleistung führe, und **Krüger** fügt hinzu, was auch richtig ist, daß, falls diese Caution nicht bestellt werde, der Schuldner verurtheilt werden müsse (N. 35). Hier wird also sicher pendente condicione die Pfandklage in judicium deducirt und folglich consumirt — also Consumtion der Pfandklage pendente condicione pignoris.

Im Anfang der Stelle dagegen wird nach der einfachsten Auslegung [1]) allerdings der Satz ausgesprochen, daß keine Consumtion eintrete, wenn die Pfandklage pendente condicione debiti angestellt sei.

Es ist vielfach versucht, diesen Unterschied aus der Structur der Formel der actio hypothecaria zu erklären. Die Formel forderte Verpfändung und Schuld. Man konnte wohl bei bedingter Verpfändung sagen, die Sache sei verpfändet — denn, da die Formel in factum concipirt ist, so heißt das nur, es habe thatsächlich ein Verpfändungsact stattgefunden — aber nicht bei Verpfändung für eine bedingte Schuld behaupten, es sei für eine Schuld (propter pecuniam debitam) verpfändet. Hierdurch ist allerdings die Zulässigkeit der Klage, welche übrigens bei der Hypothek nur zu einer Sicherung führen kann (worüber später bei der bedingten Pfandbestellung), im ersten, und die Unzulässigkeit im zweiten Falle erklärt und zwar um so sicherer, als anzunehmen sein dürfte, daß bei der Klage aus bedingter Verpfändung entsprechend der Natur der in factum concipirten Klage eine Anführung des bedingten Verpfändungsactes in der Formel stattgefunden hat. Allein wenn die Pfandklage pendente condicione debiti auch unzulässig ist, so ist doch

---

1) Absolut nothwendig ist diese Auslegung nicht; denn rursus wird von den nichtjuristischen Classikern wie den Juristen sehr häufig im Sinne von „hinwiederum“ „dagegen“ etwa wie contra gebraucht; allein bei dieser Annahme wird der Sinn zu matt.



damit der Wegfall der Consumtion noch in keiner Weise erklärt. Auch bei Klagen aus befristeten (oder bedingten) Schulden ist die Klage einstweilen ausgeschlossen und das schon bestehende befristete (bei der Bedingung pendente) Recht wird dennoch consumirt; ja nach unseren Erörterungen bringt sogar die Verpfändung für zukünftige Schulden sofort ein pendentes, also auch der eventuellen Consumtion schon unterliegendes Pfandrecht zu Stande (oben S. 265 ff.).

In allen Beziehungen führt also die Consequenz dazu, auch in dem ersten Theile unserer L. 13. § 5. also bezüglich der Pfandklage bei schwebender Bedingung der Schuld, eine Bejahung der Klagenconsumtion zu erwarten.

Zu der gleichen Annahme aber treibt die Fassung der L. 13. § 5. cit. Anfangs heißt es: ante condicionem non recte agi; der Gegensatz von recte aber ist vorzugsweise perperam oder male.

L. 8. § 4. D. si serv. vind. (8. 5) sive *recte* pronunciatum est . . . . sive *perperam*.

L. 22. § 4. D. ratam rem (46. 8) procurator *recte* petit, dominus *perperam*.

Perperam oder male agere aber wird gerade da gebraucht, wo (z. B. wegen plus petitio tempore) die Klage verloren wird:

L. 2. § 6. D. de eo quod certo loco (13. 4). Qui ita stipulatur, Ephesi decem dari, si ante diem, quam Ephesum pervenire possit, agat, *perperam ante diem agit*.

L. 4. D. de comp. (16. 2) quum totum peto a reo, *male* peto.

L. 1. § 4. D. quando dies leg. ususfr. (7. 3) agentem ante diem ususfructus (sc. legati) *nihil facere, quamvis alias*, qui ante diem agit, *male agit*.

in letzterer Stelle sogar im offenbaren Gegensatz zu der zwar erfolglosen aber unschädlichen, d. h. keine Consumtion bewirkenden Klage; und dazu kommt noch, daß in L. 36. D. de solut. (46. 3) einer Meinung, nach welcher jemand bald „nichts consumirt", bald „recte" geklagt haben soll, als Gegensatz die Ansicht entgegenge=

stellt wird, daß er stets einen Theil consumirt habe (partem perdidisse), so daß die Consumtion den Gegensatz zum recte agere bildet.

Also auch nach dem Wortlaut erwarten wir nach dem „non recte agi" in unser L. 13. § 5. de pign. nicht einen Ausschluß, sondern eine Bestätigung der Klagenconsumtion, und ich betrachte es als bis fast zur Gewißheit wahrscheinlich, daß Marcian eine solche in der That ausgesprochen hat. Doch nicht eine Emendation will ich vorschlagen. Nachdem in Folge der bekannten Constitution Zeno's die plus petitio tempore den Verlust der Klage nicht mehr nach sich zog, waren die Compilatoren geradezu gezwungen, eine so augenfällige dem neuen Recht widersprechende Stelle zu ändern, sie haben entweder das ursprüngliche „nec si" in „sed si" verwandelt, oder, was ich für weit wahrscheinlicher halte, den ganzen Satz „sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit" eingeschoben, worauf der bei römischen Juristen sonst meines Wissens nie (wenn dennoch, so jedenfalls nur äußerst selten) vorkommende, den Griechen verrathende Ausdruck „condicio venerit" (ἐξέλθῃ) statt „extiterit", und die höchst steife und unnöthige Wendung „sub condicione debiti condicio" (ein klassischer Jurist hätte einfach geschrieben „condicio" oder höchstens „debiti condicio") hindeuten.

Krüger will umgekehrt die Hand der Justinianischen Juristen in § 33. J. de act. finden; dort sollen die Worte: „vel ante condicionem" den neueren Rechtsänderungen gemäß in den Gajanischen Text eingeschoben sein; allein dem widersprechen die Worte der Institutionen so direct als möglich. Nachdem nämlich die alte Lehre von der plus petitio vorgetragen ist, heißt es dort ausdrücklich:

Sed haec quidem antea in usu fuerant; postea autem lex Zenoniana et nostra rem coarctavit etc.

Es wäre denn doch ein starkes Stück, erst die Worte „ante condicionem" in Rücksicht auf die Constitution Zeno's einzuschie-

ben, und dann das Veränderte als altes Recht zu bezeichnen, welches durch Zeno abgeändert sei.

Schon im Verlauf der bisherigen Deduction haben wir gezeigt, daß die römischen Juristen unter „male agere" oder „non recto agere" die nicht zur Verurtheilung führende, aber die Klagenconsumtion herbeiführende Klaganstellung bezeichnen, während „nihil facere" oder „nihil agere" auf die in jeder Beziehung wirkungslose, also auch keine Consumtion bewirkende Klage hindeutet. Dieser Sprachgebrauch, der auch bei befristeten Obligationen, welche unbestrittener Maßen consumirt werden, seine Bestätigung findet [1]), ermöglicht es, unsre Ansicht über die Consumtion bedingter Obligationen noch durch einige weitere Stellen zu stützen.

Hauptsächlich gehört dahin die L. 4. § 2. u. 3. D. de pactis (2. 14), welche darum nicht an Beweiskraft verliert, weil sie von der stillschweigend bei einer Dotalstipulation erklärten Bedingung „si nuptiae sequantur" redet.

L. 4. § 2. 3. D. de pactis.

Paulus l. 3. ad Edictum. Hujus rei argumentum etiam stipulatio dotis causa facta est: nam ante nuptias *male petitur*, quasi si hoc expressum fuisset, et nuptiis non secutis ipso jure evanescit stipulatio. idem Juliano placet. Ex facto etiam consultus, cum convenisset, ut donec usurae solverentur sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, *condicionem inesse stipulationi*, atque si hoc expressum fuisset.

Aber auch folgende Stellen scheinen mir nicht aller Beweiskraft zu entbehren:

L. 27. § 1. D. de V. O. (45. 1) Pomponius l. 22 ad Sab. Si stipulatus hoc modo fuero: 'si intra biennium Capitolium

[1]) L. 42. D. de V. O. 45. 1. Qui 'hoc anno' aut 'hoc mense' dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus praeteritis anni vel mensis non recte petet.

non ascenderis, dari'? *non* nisi praeterito biennio *recte* petam.

L. 99. § 1. eod. Celsus l. 38 dig. Si stipulatus hoc modo fuero: 'Si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari'? *non* nisi praeterito biennio *recte* petam.

L. 116. eod. Papinianus l. 4 quaest. . . . . sed Maevius sub condicione debet, ... nec Maevius pendente stipulationis condicione *recte* potest conveniri.

Obgleich ich im allgemeinen hier noch nicht die abweichenden Ansichten über die Wirkungen der Bedingung einer gesonderten Widerlegung unterziehe, kann ich doch nicht umhin schon vorläufig darauf hinzuweisen, daß keine derselben vor der Consumtion bedingter Forderungen bestehen kann. Nur wenn, wie wir gezeigt haben, die Obligation (als pendente) schon bei schwebender Bedingung bestand, ist ihre Consumtion eine Nothwendigkeit. Auch die Annahme, daß pendente condicione schon etwas, zwar nicht die Obligation als pendente, aber etwas Anderes, nämlich Gebundenheit oder Hoffnung, Aussicht oder eine passive Wirkung des zukünftigen Rechtes oder ein der Gebundenheit des Schuldners entsprechendes Recht existire, hilft nichts; denn warum sollte dieses Andere als die Obligation consumirt werden, da doch nicht aus diesem Anderen, sondern aus der Obligation (si paret dare oportere und dergl.) geklagt war [1])? Wenn wenigstens diese willkürliche Erweiterung der consumirenden Kraft der Litiscontestation der Billigkeit entspräche, so könnte man sie allenfalls gelten lassen; aber

[1]) Wendt hat das Gewicht dieser Frage gefühlt, wenn er sie auch nicht scharf genug präcisirt. Er weiß sie nicht anders zu beantworten als: Es sei doch so, es liege hier eine Proceßregel vor, welche gebietend in den Kreis der materiellen Rechte eintrete a. a. O. S. 49. Das heißt meines Erachtens einfach zugestehen, daß die Consumtion bedingter Ansprüche ohne Annahme der Rückwirkung unerklärlich ist.



sie ist gerade umgekehrt eine große Härte für den Kläger und enthält eine innerlich durch nichts gerechtfertigte Bereicherung der Beklagten (für den Fall eintretender Bedingung). Ich glaube geradezu behaupten zu dürfen: Die Consumtion bedingter (und ebenso befristeter) Schulden war ein durch das Princip der Simultanität und die daraus resultirenden Wirkungen bedingter (und befristeter) Schulden mit Nothwendigkeit gegebener Mangel des älteren Rechtes, dessen Annahme ganz besonders geeignet ist, die Mächtigkeit dieses Princips und die Richtigkeit der daraus gemachten Folgerungen darzuthun.

Dieser Mangel, dessen tiefster Grund übrigens nicht in dem Princip der Simultanität, sondern in der Unvollkommenheit des Consumtionsprincips selber lag, ist bekanntlich durch das neuere Recht beseitigt.

§. 43. d) Manumission und Veräußerung zur Benachtheiligung bedingter Gläubiger.

Die L. Aelia erklärte die Manumissionen in fraudem creditorum für nichtig und zwar war in dem Gesetze wörtlich von fraudare *creditores* die Rede; denn nicht nur gebrauchen die den Inhalt des Gesetzes referirenden Stellen diesen Ausdruck (Gaj. I. § 37. 47. Fragm. Dosith. 16. Ulp. I. § 15.), sondern derselbe wird uns auch in unmittelbarem Anschluß an das Gesetz definirt.

L. 16. § 2. D. qui et a quibus manumissi (40. 9) Paulus l. 3 ad legem Aeliam Sentiam.

Ne quis creditorum fraudandorum causa servum manumittat, hac lege cavetur: *creditores* autem appellantur, quibus quacumque ex causa actio cum fraudatore competat.

Nach unsrer Ansicht ist der Vertragsgläubiger sub condicione im Fall des Eintritts der Bedingung schon vom Vertragsabschluß an Gläubiger gewesen, während er für den Fall des Ausfalls der

Bedingung nie Gläubiger war. Ist also unsere Theorie richtig, so muß die Gültigkeit der pendente condicione in fraudem eines bedingten Vertragsgläubigers geschehenen Manumission von der Bedingung dergestalt abhängen, daß die Manumission bei ausfallender Bedingung gültig, bei eintretender ungültig ist. Dies wird durch die Quellen in vollstem Maße bestätigt und zwar durch dasselbe Fragment, dem wir die Definition der creditores verdanken.

L. 16. § 4. cit.

Si sub condicione alicui pecunia debeatur, quasi statu liber erit a debitore manumissus, ut pendeat libertas ex condicione; vergl. auch L. 8. pr. D. eod.

Ein besonderes Interesse aber erweckt noch die L. 27. pr. eod.

In fraudem creditorum manumittit, sive dies solvendae pecuniae jam cessit, sive in diem vel sub condicione sit debitum. diversa causa est legati sub condicione relicti: nam antequam condicio extiterit inter creditores legatarius iste non habetur.

Hier wird die Anwendbarkeit der L. Aelia Sentia geradezu aus dem Gläubigersein (selbstverständlich nur für den Fall des Eintritts der Bedingung, cf. L. 16. § 4. cit.) deducirt, und was noch wichtiger ist, zugleich für den bedingten Legatar, weil derselbe nicht Gläubiger sei, geleugnet; m. a. W. es wird erklärtermaßen eine logisch richtige Consequenz daraus gezogen, daß bei bedingten Verträgen, nicht aber bei bedingten Legaten, schon bei schwebender Bedingung eine pendente Obligation existirt. Auch der Einwand, daß die Anwendbarkeit der Lex Aelia Sentia zu Gunsten späterer Gläubiger vielleicht nur deshalb ausgeschlossen sei, weil der Fraudator sie nicht habe betrügen wollen, was eben bei bedingten Gläubigern anders sei, ist durch die L. 27 ausgeschlossen; denn die betrügerische Absicht kann der Schuldner offenbar gegen den bedingten Legatar eben so gut haben als gegen den bedingten Vertragsgläubiger. Schlüge dieser Gesichtspunkt durch, so müßte also die Lex

Aelia Sentia auch dem bedingten Legatar zu Gute kommen. Ebenso wenig kann die von Windscheid versuchte Zurückführung unseres Satzes auf die höchst persönliche Natur der Legate und die dadurch hervorgerufene Verschiedenheit der durch das bedingte Legat und den bedingten Vertrag begründeten „Aussicht" befriedigen. Wäre überhaupt eine „Aussicht" auf eine Forderung für genügend gehalten, so hätte auch kein Grund vorgelegen, die höchst persönliche Aussicht des Legatars (vorausgesetzt natürlich, daß sie sich noch bei Lebzeiten des Legatars realisirte) als ungenügend auszuschließen. Außerdem aber hätte die Begünstigung des einen, die Zurücksetzung des andern Forderungsanwärters nicht durch Berufung auf die Gläubigerschaft des einen, die Nichtgläubigerschaft des andern begründet werden können.

Die angeführten Grundsätze finden auf die alienatio in fraudem creditorum entsprechende Anwendung; denn obgleich das Paulianische Edict den Ausdruck fraudare *creditores* nicht gebraucht zu haben scheint (L. 1. pr. D. quae in fraudem cred. 42. 8; Lenel, Edictum perpetuum. S. 351.), ist doch auch hier das Anfechtungsrecht auf die Gläubiger zur Zeit der Veräußerung beschränkt (L. 10. § 6. D. eod.) und die einzige (übrigens auf die manumissio in fraud. cred. wohl analog anzuwendende) Ausnahme zu Gunsten derjenigen späteren Gläubiger, mit deren Geld die früheren bezahlt sind, ist nur aus gewichtigen Utilitätsgründen und unter Mitwirkung eines kaiserlichen Rescriptes zur Anerkennung gelangt. (L. 10. § 1. cit.)

Obgleich die analoge Anwendung der gefundenen Grundsätze auf die actio Pauliana wohl kaum eines Quellenzeugnisses bedarf, kann doch auch ein solches mit großer Wahrscheinlichkeit in der L. 42. pr. D. de obl. et act. (44. 7) erbracht werden. Diese Stelle ist nämlich aus Ulpians l. 21 ad Edictum entnommen, in welchem wie L. 2. D. (42. 3) und L. 134. D. de R. J. beweisen, vom Konkurse und speciell auch von der actio Pauliana

die Rede war. Sie ist also auf das Recht zur missio (vergl. unten) oder auf das Anfechtungsrecht fraudulöser Veräußerungen oder auf beides zu beziehen.

L. 42. pr. cit. Is cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor: sed tunc cum extiterit condicio, quamvis eum qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.

Mit den Erörterungen dieses Paragraphen hängt eng die bekannte Streitfrage nach dem Recht des bedingten Gläubigers zur missio in bona zusammen, allein da dieselbe für den in unserem Abschnitte zu liefernden Hauptbeweis über die Wirkungen bedingter Verträge nicht von cardinaler Wichtigkeit ist, soll sie in einer besonderen Anlage besprochen werden (Anl. I.), in welcher auch auf das heutige Konkursrecht einzugehen sein wird.

§. 44. e) Erwerb aus bedingten Verträgen für den Gewalthaber zur Zeit des bedingten Vertrages. Vererblichkeit bedingter Forderungen und Verwandtes.

Es ist ein unbestrittener und in den Quellen vielfach betonter Rechtssatz, daß zur klassischen Zeit aus dem bedingten Geschäfte eines Gewaltunterworfenen auch dann dem Gewalthaber zur Zeit des Contractes erworben wird, wenn der Gewaltunterworfene pendente condicione manumittirt, veräußert oder in Adoption gegeben oder emancipirt oder auf andre Weise aus der Gewalt geschieden ist.

L. 78. pr. D. de V. O. (45. 1.) Si filius familias sub condicione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit condicio, patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

L. 18. D. de R. J. (50. 17.) Pomp. . . . et sub condicione stipulantes omnimodo eis (sc. in quorum potestate sumus) acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini condicio existat.



Vergl. auch L. 2. § 3. D. de coll. (37. 6.) L. 40. D. de stip. serv. (45. 3.)

Dieser Satz ist eine unmittelbare Consequenz unserer Ansicht über die Wirkungen bedingter Verträge. Da der bedingte Vertrag schon im Moment seines Abschlusses eine freilich noch ungewisse Forderung erzeugt, der Gewaltunterworfene aber in diesem Augenblick vermögensunfähig ist, so wird dem Gewalthaber durch seine Person erworben. Wem erworben wird, entscheidet sich nach dem Zeitpunkt, in dem erworben wird, das heißt das Forderungsrecht für eine bestimmte Person zur Entstehung kommt. Dieser Moment ist aber der Moment der Stipulation; also ist auch für die Frage nach dem Erwerbe aus bedingten Stipulationen der Moment der Stipulation nicht derjenige der eintretenden Bedingung entscheidend. So sind auch die Worte der L. 78. cit. (vergl. auch L. 144. § 1. D. de R. J.) zu verstehen: quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus. Dieselben deuten direct auf das Princip der Simultanität hin, nach welchem alle Wirkungen der Stipulation mit dem Acte derselben gleichzeitig sind und daher nach der Zeit dieses Actes beurtheilt werden müssen.

Aber wir haben noch einen anderen Prüfstein, um zu untersuchen, ob wirklich die angeführten Quellenentscheidungen, so wie es hier geschehen, zu begründen sind.

Wie ist es, wenn der Inhalt der bedingten Stipulation und die begleitenden Umstände so beschaffen sind, daß ein Erwerb aus der Stipulation einstweilen noch gar nicht möglich ist, während bei Eintritt der Bedingung das Hinderniß bereits weggefallen ist? Nach unserer Ansicht muß hier die Stipulation nichtig sein, und ein Beispiel dafür ist leicht gefunden. Einer hereditas jacens kann bekanntlich kein Nießbrauch und eben so wenig, und zwar aus gleichem Grunde, eine Forderung auf einen Nießbrauch erworben werden. Wenn nun ein servus hereditarius vor Antritt der Erbschaft einen Nießbrauch bedingt stipulirt und die Bedingung

nach Antritt der Erbschaft eintritt, so muß nach unserer Ansicht die Stipulation nichtig sein, weil zur Zeit der Stipulation die (pendente) Forderung der hereditas jacens nicht erworben werden konnte.

L. 26. D. de stip. serv. (45. 3) Paulus. Ususfructus sine persona esse non potest et ideo servus hereditarius inutiliter usum fructum stipulatur. legari autem ei posse usum fructum dicitur, quia dies ejus non cedit statim: *stipulatio autem pura suspendi non potest. quid ergo, si sub condicione stipuletur? nec hoc casu valeat stipulatio, quia ex praesenti vires accipit stipulatio,* quamvis petitio ex ea suspensa sit.

Auch hier ist der Grund, daß die Kraft oder Wirkung der Stipulation im Moment der Stipulation entstehe, mit angegeben.

Da, wie gezeigt, der Erwerb aus dem bedingten obligatorischen Vertrage im Moment des Vertragsabschlusses stattfindet, so ist es selbstverständlich, daß, wenn einer der Contrahenten pendente condicione stirbt, die bereits entstandene Obligation auf die Erben übergeht. Mit andern Worten der Eintritt der Bedingung macht klar, daß die Obligation zwischen den Contrahenten schon zur Zeit des Kontraktsabschlusses entstanden ist und also auf die Erben übergegangen sein muß. Auch hier wird dieser Grund der Vererbung ausdrücklich erwähnt.

L. 8. pr. D. de per. et com. (18. 6) Paulus. Quodsi pendente condicione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit condicio, heredes quoque obligatos, quasi jam contracta emtione in praeteritum [1]).

Aus gleichem Grunde wird auch die Forderung aus einem zur Zeit der bestehenden Societät geschlossenen bedingten Vertrage als

[1]) Ueber die Ausdrucksweise und zumal das „quasi" oben S. 339.



Societätsforderung betrachtet, wenn auch die Bedingung erst nach der Auflösung der Societät eintritt.

L. 27. pr. D. pro socio (17. 2.). Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet, posteaquam societas distracta est, solutum sit. Igitur et si sub condicione promiserat et distracta societate condicio extitit, ex communi solvendum est ....

Und ebenso muß bei der collatio bonorum emancipati die zur Zeit des Todes des Erlassers noch bedingte Vertragsschuld oder Vertragsforderung des filius emancipatus, wenn die Bedingung später eintritt, mit in Rechnung gestellt werden, während die bedingte Legatsforderung, eben weil sie erst mit Eintritt der Bedingung zur Entstehung kommt, außer Rechnung bleibt.

L. 2. § 1. u. 3. D. collatione (37. 6) Paulus.

§ 1. Illud autem intellegendum est filium in bonis habere, quod deducto aere alieno superest. sed si sub condicione debeat, non statim id deducere debebit, sed id quoque conferre: contra autem caueri ei oportebit ab eo qui in potestate est, ut existente condicione defendatur pro ea parte quam contulit.

§ 3. Id quoque, quod sub condicione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. diversum est in legato condicionali, quia et si in potestate fuisset et post mortem patris condicio extitisset, ipse haberet actionem.

4) Widerlegung der Hauptgegengründe gegen unsere Theorie.

§. 45. a) Bedingte Verträge über unmögliche Leistungen sind gültig, wenn die Leistung zur Zeit des Eintritts der Bedingung möglich geworden ist.

Die ihrer Natur nach nicht nur einstweilige, sondern dauernde [1]) objective [2]) Unmöglichkeit der Leistung (bei der jedoch nicht jede Aussicht auf Hebung ausgeschlossen sein braucht) hat, wenn sie schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorlag, die Nichtigkeit dieses Vertrages zur Folge und zwar auch dann, wenn sie nach dem Contractsschlusse durch irgend welche besondere Umstände gehoben werden sollte.

Diese Regel leidet bei bedingten Verträgen eine wichtige Ausnahme: der bedingte Vertrag ist gültig, wenn die versprochene Leistung vor Eintritt der Bedingung möglich wird.

L. 61. D. de contr. emt. (18. 1) Marcellus l. 20. dig. Existimo, posse me id, quod meum est, sub condicione emere, quia forte speratur, meum esse desinere.

L. 98. pr. de V. O. (45. 1) Marcellus l. 20. dig. Existimo posse id, quod meum est, sub condicione stipulari, item viam stipulari ad fundum posse, quamquam interim fundus non sit meus: aut si hoc verum non est et alienum fundum sub condicione stipulatus fuero isque ex lucrativa causa meus esse coeperit, confestim peremeretur stipulatio, et si fundi dominus sub condicione viam sti-

---

[1]) Eine dauernde Unmöglichkeit liegt dann vor, „wenn dem Zustande, welcher die Leistung hindert seiner Natur nach die Eigenschaft der Continuität zukommt.“ Mommsen, Unmöglichkeit d. Leistung. S. 147; vergl. Windscheid's Recension in der Heidelb. krit. Zeitschr. II. S. 119. Nr. 3.

[2]) Auf die Streitfragen über diesen Punkt (vergl. Windscheid II. § 564. Anm. 4) ist hier nicht einzugehen.

pulatus fuerit, statim fundo alienato evanescit stipulatio, et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, quum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere.

L. 31. D. eod. Pomp. l. 24. ad Sab. Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit.

L. 41. § 2. D. de leg. I. (30) Ulp. l. 21. ad Sab. . . . . . . secundum eos, qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari ajunt.

Dieser Satz und die ihn unzweifelhaft beweisenden angeführten Stellen bilden seit Windscheid's „Wirkung der erfüllten Bedingung" eine Hauptangriffswaffe gegen die Rückwirkung der Bedingung. Daß sie beweisen gegen eine sog. Rückwirkung oder Rückziehung, nach welcher es bei Eintritt der Bedingung gerade so gehalten werden soll, als wäre die Bedingung überhaupt nicht hinzugefügt, ist unleugbar. Gegen unsere Theorie dagegen entbehren sie all und jeden Beweises. Nach unserer Ansicht wird durch den Eintritt der Bedingung klar, daß schon vom Vertragsschluß ab eine Forderung vorhanden gewesen ist; aber eine Forderung, gerichtet nicht auf sofortige Leistung, sondern auf Leistung zu der Zeit wo die Bedingung eintritt. Da die Forderung diesen Inhalt hat, so kann über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit derselben, das heißt doch Erfüllbarkeit oder Nichterfüllbarkeit des Versprochenen, nicht der Moment des Vertrages, sondern nur der Moment der gewollten Erfüllungszeit entscheiden. Wer verspricht, zu der Zeit, wo die Bedingung eingetreten ist, etwas zu leisten, hat nur dann etwas Unerfüllbares versprochen, wenn die Leistung in dem Moment, wo die Leistung geschehen soll, unerfüllbar ist. War die Leistung also zur Zeit des Versprechens unerfüllbar, ist sie aber zur Zeit des Eintritts der Bedingung erfüllbar geworden, so war, wie sich nun herausgestellt hat, das Versprechen und die For-

derung auf etwas Erfüllbares, nämlich die Leistung zur Zeit der eintretenden Bedingung, gerichtet, und der Schuldner kann sich nicht darauf berufen, daß etwas, was er nicht versprochen, nämlich die sofortige Leistung, unmöglich war.

Wollten wir also selbst mit Windscheid [1]) annehmen, daß Gebundenheit auf etwas Unmögliches undenkbar sei, so würden wir dennoch, und zwar unter Zugrundelegung unserer Ansicht über die Wirkung der Bedingung, die Gültigkeit eines derartigen bedingten Vertrages annehmen müssen, sofern die Unmöglichkeit pendente condicione gehoben ist. Damit ist dies Argument gegen unsere Theorie völlig entkräftet.

Eines Mehreren bedarf es an dieser Stelle nicht. Die innere Begründung der Ungültigkeit unbedingter und der Gültigkeit bedingter Verträge auf unmögliche Leistungen (letzteres unter der Voraussetzung inzwischen eingetretener Möglichkeit) soll deshalb nur in einer Beilage gegeben werden. Dort wird es sich zeigen, daß dieser Unterschied bedingter und unbedingter Verträge überhaupt gar nichts mit der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung der Bedingung zu thun hat.

§. 46. b) Nichtigkeit des bedingten Vertrages, wenn die Leistung pendente condicione unmöglich wird, und verwandte Fälle.

Ganz besonderes Gewicht legen die Gegner jeder Rückwirkung darauf, daß der Untergang des versprochenen Objectes pendente condicione den Vertrag nichtig macht. So sagt Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung. S. 7: „Hätte die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft, so müßte, wenn auch zur Zeit der Erfüllung derselben der Existenz des Rechtsverhältnisses ein Hinderniß entgegenstände, dasselbe, wenn dieses Hinderniß zur Zeit der

---

1) Recension zu Mommsen's Unmöglichkeit der Leistung. Heidelb. krit. Zeitschr. Bd. 2. S. 115 ff.



Willenserklärung nicht vorhanden gewesen wäre, als ein wenigstens existent gewesenes gelten“ und beweist dann unter Berufung auf

L. 8. pr. de peric. et com. (18. 6),

L. 31. pr. und L. 14. de novat. (46. 2),

daß es in dieser Weise von den Römern nicht angesehen werde. Dieser letztere Beweis ist zweifellos richtig, und ebenso wahr ist es, daß die bisherigen Erklärungen dieser Erscheinung von Seiten der Anhänger der Rückwirkung im Grunde nichts anderes bedeuten als „geradezu anerkennen, daß gerade in Betreff dieses Punktes von dem Satze der rückwirkenden Kraft der Bedingung abgewichen wird“ [1]).

Es ist zweifellos richtig, daß anders entschieden werden müßte, wenn es wirklich nach Erfüllung der Bedingung so angesehen würde, als sei die Bedingung schon beim Contractschluß eingetreten, oder als sei von Anfang an pure contrahirt. Mit unserer Theorie aber stehen die betreffenden Sätze in vollem Einklang, ja sie ergeben sich aus derselben mit Nothwendigkeit.

Wer unter einer Bedingung verspricht, der verspricht (nach früheren Erörterungen) zur Zeit des Eintritts der Bedingung zu leisten. Frühere Leistung gilt nicht als Zahlung, weil sie nicht dem Inhalt seines Versprechens entspricht. Non videbitur fecisse quod promisit L. 38. § 16. D. de V. O. (45. 1). Er hat also eine Leistung nach eintretender Bedingung versprochen, dergestalt, daß jede frühere Leistung ausgeschlossen ist. Geht nun der versprochene Gegenstand pendente condicione casuell unter, so wird klar, daß das, was versprochen ist, nämlich die Leistung bei eintretender Bedingung, unmöglich ist. Man darf hier nicht sagen: Anfangs sei es möglich gewesen „und das sei entscheidend;“ denn das, was damals möglich war, die sofortige Leistung, war etwas Anderes als das Versprochene und keine Erfüllung dieses Vertrages. Die Sache

---

1) Windscheid, S. 8 u. 9.

liegt vielmehr folgendermaßen. Wenn jemand eine Species sub condicione verspricht, so kann man von vornherein weder sagen, daß er etwas Erfüllbares, noch daß er etwas Unerfüllbares versprochen habe; denn die Erfüllbarkeit des Versprochenen ist von der Existenz der Species zur Zeit der eintretenden Bedingung abhängig. Geht nun die Species pendente condicione zu Grunde, so zeigt sich, daß das Versprochene (nämlich die Leistung zur verabredeten Zeit) niemals erfüllbar war, und die nothwendige Folge ist nicht etwa Aufhebung der Obligation des Schuldners, sondern Nichtigkeit des ganzen Vertrages. Aus dieser Ungültigkeit des ganzen Vertrages erklärt es sich denn auch, daß der Käufer, wenn die gekaufte Sache pendente condicione untergeht, den Kaufpreis nicht zu zahlen hat, während er, wenn nur die versprochene Leistung beim Eintritt der Bedingung möglich ist, die Gefahr (m. a. W. das periculum deteriorationis) trägt.

L. 8. pr. D. de per. et commodo (18. 6). Paulus. Quodsi pendente condicione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore. et[1]) quod pretii solutum est, repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur) si pendente condicione res extincta fuerit: sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris.

Hat Jemand novandi animo eine Species unter einer Bedingung versprochen und die Sache geht pendente condicione unter, so ist nun klar geworden, daß das Versprochene (Zahlung bei eintretender Bedingung) niemals erfüllbar war, und daher steht nun fest,

---

[1]) Früher nahm man an, daß hier etwas ausgefallen sei und ergänzte „si extincta fuerit“ oder ähnlich. Am einfachsten aber wird der richtige Sinn hergestellt, indem man, wie oben geschehen, die Worte sicuti — peremuntur in Klammern setzt, so daß der Nachsatz si pendente — fuerit an das über den Kauf Gesagte anschließt. Uebrigens ist der Sinn der Stelle jedenfalls unzweifelhaft.



daß keine gültige Novationsstipulation vorhanden ist, also auch von Aufhebung der ursprünglichen Obligation durch Novation nicht die Rede sein kann.

L. 14. pr. D. de novat. Ulpianus. Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, *nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur.* unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.

L. 72. § 1. D. de solut. (46. 3). Marcellus. Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, *quia novari prior obligatio non potest,* petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est, eum qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.

L. 56. § 8. D. de V. O. (45. 1). Julianus. Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub condicione promiserit, et is pendente condicione post moram Titii decesserit, *confestim cum Titio agere potero nec Sejus existente condicione obligetur;* at si Titio acceptum fecissem, Sejus existente condicione obligari potest. Idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Sejus obligaretur.

Am schärfsten wird das Princip von Venulejus ausgesprochen in

L. 31. pr. D. de novat (46. 2). **Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit,**

Allerdings macht nun Venulejus von diesem Princip eine erst bei der Lehre von der bedingten Novation zu erklärende Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner zur Zeit der bedingten Stipulation schon in mora war, und daß es sich um eine Novation unter denselben Personen handelt; denn er fährt nach den mitgetheilten Worten unmittelbar fort:

nisi si per promissorem steterit, quominus daret; ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris; et si priusquam decederet, quum jam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio extiterit, quum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.

Allein diese von den übrigen römischen Juristen nicht anerkannte Ausnahme hat mit der Rückwirknng oder Nichtrückwirkung der Bedingung so wenig zu thun, daß sie für die Gegner der Rückwirkung so gut wie für den von uns eingenommenen Standpunkt einer Erklärung bedarf, welche indeß, da sie für die gegenwärtig behandelte Frage nicht in Betracht kommt, der Besprechung der bedingten Novation vorbehalten wird. Dort ist auch das für die Interpretation der Stellen etwa noch Erforderliche nachzuholen.

Mit den bisherigen Erörterungen steht auch die schon früher berührte Entscheidung der L. 13. § 6. D. de accept. (46. 4) in unmittelbarem Zusammenhange. Wer alternativ eine mögliche und eine unmögliche Leistung verspricht, schuldet nur die mögliche. Da nun, wie wir gesehen haben, das bedingte Versprechen einer Species, falls dieselbe pendente condicione untergeht, sich als auf etwas Unerfüllbares (nämlich die Leistung der Species bei einge-

tretener Bedingung) gerichtet erwiesen hat, so muß auch, wenn mit diesem Versprechen alternativ das eines anderen Gegenstandes verbunden war, dieser letztere als allein gültig versprochen erscheinen. Eine etwa über die unerfüllbare Leistung abgeschlossene Acceptilation muß also wirkungslos sein.

Ulpianus. Si Stichum aut decem sub condicione stipulatus Stichum acceptum fecerit et pendente condicione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt, perinde ac si stipulatio interposita non esset.

Die in diesem § aufgestellten Gesichtspunkte leiten zu einer nothwendigen Consequenz. Wenn, wie wir gesehen haben, das bedingte Versprechen einer pendente condicione unmöglich werdenden Leistung deshalb ungültig ist, weil das wirklich Versprochene (die Leistung bei eintretender Bedingung) niemals erfüllbar war, so muß die gleiche Behandlung auch bei denjenigen befristeten Versprechen eintreten, bei denen Leistung vor Eintritt des dies aus dem gleichen Grunde ausgeschlossen ist, nämlich weil der früher Zahlende „non videbitur fecisse quod promisit.“ Dies trifft nun allerdings bei den meisten befristeten Versprechen nicht zu: denn nach dem Satze: „diei adjectio tantum pro reo est“ kann der Schuldner auch vor dem dies bezahlen, mit anderen Worten, sein Versprechen hat den Inhalt, er wolle bis zum Eintritt des dies leisten, und dieses Versprechen war, wenn nur die Unmöglichkeit erst nach dem Contractschluß eingetreten ist, erfüllbar. Aber es gibt auch Ausnahmen, in denen wirklich Leistung vor Eintritt des dies dem Inhalte der Schuld zuwiderläuft und deshalb ausgeschlossen ist. Besonders ist dies bei der Miethe der Fall, nicht nur bei befristeten Miethverträgen, sondern auch bei unbefristeten, da die dauernde Gebrauchsgewährung oder Dienstleistung, auch wenn sie gleich beginnt, doch nur allmählich durch den ganzen Zeitraum hindurch

gewährt werden kann, für welchen sie versprochen ist. Die Folge ist also der bekannte Satz, daß der Miethvertrag durch casuellen Untergang der vermietheten Sache für die Folgezeit ungültig wird, mit anderen Worten, daß der Vermiether das periculum trägt. So erklären sich also aus unseren Erörterungen die Hauptregeln über das periculum beim unbedingten und bedingten Kauf und bei der Miethe, und wem es noch bedenklich scheinen sollte, daß ein und dasselbe Princip das periculum beim bedingten Kauf und bei der Miethe bestimmt habe, der wird sich vielleicht durch eine interessante Vergleichung der Dienstleistungen (zumal der befristeten) mit bedingten Sachleistungen und zwar gerade solchen, bei denen die zukünftige Möglichkeit in Frage ist, überzeugen lassen.

L. 1. D. de operis servorum (7. 7). Paulus. Opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum quum stipulamur 'quod ex Arethusa natum erit'.

Gerade wie hier von der Dienstleistung gesagt wird, daß sie vor dem dies nicht in rerum natura sei m. a. W., daß ihre Erfüllung eher nicht möglich sei, so kann dasselbe von allen bedingten und denjenigen befristeten Obligationen gesagt werden, welche nicht vor Eintrit des dies erfüllt werden können. Und wie nun die Dienstleistung, wenn sie an jenem dies in Folge eines mittlerweile eingetretenen Hindernisses unmöglich ist, als eine niemals mögliche bezeichnet werden muß, genau so auch im entsprechenden Falle jene befristeten und alle bedingten Obligationen.

5) Practischer Werth der entwickelten Theorie, im Vergleich zu anderen Ansichten.

§. 47.

Unsere Theorie ist nicht nur diejenige des römischen und heutigen Rechtes, sondern sie ist zugleich die denkbar einfachste und brauchbarste.

I. Sie ist die einfachste; denn sie verwendet nur die dem Rechte ohnehin bekannten Begriffe der Pendenz und der Obligation und zwar der befristeten Obligation und entscheidet mit einem Schlage alle über die Wirkung der bedingten obligatorischen Verträge aufzuwerfenden Fragen. Die eine Regel: „Wenn die Bedingung eintritt, so wird klar, daß von der Zeit des Vertragsschlusses an eine auf die Leistung zur Zeit der eingetretenen Bedingung gerichtete Obligation vorhanden gewesen ist; wenn die Bedingung ausfällt, so wird klar, daß überhaupt keine Obligation vorhanden war" ergibt als Folge, daß die bedingte Obligation schon pendente condicione ebenso behandelt wird, wie jede andere Obligation, aber nur für den Fall des Eintritts der Bedingung, und daß Abweichungen nur eintreten, sofern sie sich aus ihrem besonderen Inhalt (Zahlung bei eintretender Bedingung) ergeben.

Ziehen wir hieraus die einzelnen Consequenzen.

1) Die bedingte Obligation kann wie jede andere schon pendente condicione erlassen (wenn sie eine Verbalobligation ist, auch acceptoferirt) werden; sie wurde nach classischem Recht durch Litiscontestation consumirt; sie geht auf die Erben des Gläubigers und des Schuldners über; sie wurde dem Gewalthaber des Promissars erworben, wenn Letzterer zur Zeit des Vertrasschlusses in der Gewalt stand; die Veräußerung in fraudem eines bedingten Gläubigers ist mit der actio Pauliana anfechtbar; die manumissio in fraudem eines bedingten Gläubigers ist nichtig; aber alles dies nur, falls die Bedingung später eintritt. Fällt die Bedingung später aus, so fallen alle diese Wirkungen fort; der Erlaß (die Acceptilation) sind nichtig; die Litiscontestation ohne aufhebende Kraft, was besonders wichtig ist, wenn neben dem bedingten Schuldner ein Anderer unbedingt haftet, der durch jene Acceptilation oder Litiscontestation, wenn sie gültig wäre, mit befreit würde; die fraudulöse Veräußerung oder Manumission ist vollgültig.

Daß pendente condicione Bürgschaften und Pfandrechte für die bedingte Schuld bestellt werden können, deren Gültigkeit freilich von dem Zustandekommen der Schuld abhängt, ist zwar richtig, würde aber allerdings auch anzunehmen sein, wenn die Hauptschuld erst mit Eintritt der Bedingung zur Entstehung käme. Allein das ist wieder eine Consequenz nur unserer Theorie, daß durch die einem dergestallt bestellten Bürgen gegenüber pendente condicione vorgenomme Acceptilation der Hauptschuldner mit befreit wird (natürlich wieder nur im Fall des Eintritts der Bedingung).

2) Der Schuldner braucht pendente condicione nicht zu leisten, einmal weil es ungewiß ist, ob er schuldet, sodann aber auch weil seine (ungewisse) Verpflichtung nur dahin geht, zur Zeit des Eintritts der Bedingung zu leisten.

3) Der Schuldner kann auch pendente condicione nicht mit sofort liberirender Wirkung zahlen:

a. Der Gläubiger braucht eine solche Zahlung nicht anzunehmen, einmal nicht, weil es ungewiß ist, ob ihm geschuldet wird, andererseits, weil sofortige Zahlung auch nicht dem Inhalte der etwaigen Schuld (Zahlung zur Zeit der eintretenden Bedingung) entspricht.

b. Hat der Schuldner irrthümlich pendente condicione gezahlt, in dem Glauben, die Bedingung sei bereits eingetreten, oder es sei unbedingt contrahirt, so hat er condictio indebiti, weil das Gezahlte nicht dem Inhalt seiner Schuld entspricht (non fecit, quod promisit). Nach eingetretener Bedingung fällt die condictio weg, quia dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est.

c. Hat der Schuldner unter Zustimmung des Gläubigers bereits pendente condicione bezahlt, so ist zu unterscheiden:

aa. Regelmäßig wird die Absicht sein, daß die betreffende Leistung, sobald die Bedingung eintrete, als Zahlung gelten

solle. Dann ist vorläufig ein datum ob causam futuram vorhanden. Wird später die Bedingung erfüllt, so tritt dann Aufhebung der Obligation durch Zahlung ein, und es ist kein Hinderniß, daß der Gläubiger schon früher Eigenthümer des gezahten Geldes geworden ist (existente condicione liberari eum, nec obstare quod ante ejus pecunia facta est). Fällt dagegen die Bedingung aus, so kann das Geleistete mit der condictio ob causam datorum zurückgefordert werden.

bb. Wird etwas geleistet unter der Verabredung, daß hierdurch die bedingte Schuld sofort untergehen solle, so ist das nicht Zahlung, sondern ein entgültiger Erlaßvertrag (daher Zustimmung des Gläubigers nöthig). Ob im Fall des Nichteintritts der Bedingung das Gezahlte zurückgefordert werden kann, entscheidet sich danach, ob gezahlt wurde als Entgelt für die aufgegebene Forderung (Analogon der emtio rei speratae) oder als Entgelt für die aufgegebene Chance bei eintretender Bedingung eine Forderung zu haben (Analogon der emtio spei).

4) Da der bedingte Vertrag gerichtet ist auf Leistung bei Eintritt der Bedingung, so kann man nur dann sagen, er sei auf etwas Unerfüllbares (Unmögliches) gerichtet, wenn die Leistung bei Eintritt der Bedingung unerfüllbar ist. Hieraus folgt:

a. Selbst wenn es wahr wäre, daß auf etwas Unmögliches gerichtete Obligationen undenkbar wären, so wäre doch daraus nicht auf die Ungültigkeit eines bedingten Vertrages, dessen anfängliche (anscheinende) Unerfüllbarkeit während Schwebens der Bedingung gehoben wird, zu schließen. In Wahrheit entscheiden über die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines solchen Vertrages Gründe, die aus der Wirkung der erfüllten Be-

dingung, ja selbst daraus, daß der Vertrag ein bedingter ist [1]) nicht unmittelbar resultiren. (Anlage II).

b. Wenn die anfangs mögliche Leistung pendente condicione casuell unmöglich geworden ist, so ist der Vertrag, weil auf etwas Unerfüllbares, nämlich die Leistung bei eintretender Bedingung gerichtet, ungültig [2]), und daher ist auch keine Gegenleistung zu machen.

5) Da der Inhalt der Obligation nur dahin geht, zur Zeit des Eintritts der Bedingung zu leisten, da dem Schuldner also der Vortheil den Schuldgegenstand bis dahin zu behalten zugedacht ist, so braucht er die Früchte und anderen selbständigen Accessionen der Zwischenzeit auch dann nicht mitzuleisten, wenn sie bei einem unbedingten (und unbefristeten) Geschäft zu leisten wären (wie z. B. beim Kauf).

6) Wenn ausnahmsweise die Bedingung keinen dies enthält, so tritt in den Punkten 2 — 5 die entgegengesetzte Entscheidung ein. Es genügt dies an einem Beispiel zu verdeutlichen. A verspricht dem B schenkweise eine Sache unter einer Bedingung (z. B., wenn A eine gewisse Erbschaft machen werde) und verkauft sie ihm zugleich unter der entgegengesetzten Bedingung, und zwar beides dergestalt, daß die Sache schon jetzt geleistet werden soll. Hier ist die Sache aus der Schenkung sub condicione und aus dem Kauf

---

1) Man denke z. B. an folgenden unbedingten Vertrag. „Da ich voraussehe, daß jener öffentliche Weg binnen 2 Jahren dem Privatverkehr zurückgegeben sein wird, so will ich ihn Dir in 2 Jahren leisten."

2) Anders natürlich, wenn die Unmöglichkeit in Folge eines aus dem betreffenden Vertragsverhältnisse zu prästirenden Verschuldens eintritt oder auch in Folge von Casus, wenn die Haftung für denselben übernommen ist; denn obgleich auch in diesen Fällen gesagt werden muß, daß das Versprechen (nämlich die Leistung bei Eintritt der Bedingung) niemals erfüllbar war, so hat doch der Schuldner hier dafür einzustehen, daß sie nicht durch sein Verschulden unmöglich sei, bezw. bei Haftung für Casus dafür, daß sie möglich sei.



ebenfalls sub condicione geschuldet. Aber beide Verpflichtungen sind unbefristete, und ergeben in Folge ihrer gegenseitigen Ergänzung das frühere Recht des Beschenkten, bezw. Käufers sofort die Leistung des Hauses zu verlangen; der Gläubiger ist auch verpflichtet, die Leistung des Hauses anzunehmen und von einer condictio indebiti pendente condicione kann keinenfalls die Rede sein, sondern durch die Leistung wird die Verpflichtung des Leistenden sofort erfüllt, nur ist noch ungewiß, welche, ob die Schenkverpflichtung oder die Verkaufsverpflichtung. Geht die Sache pendente condicione nach oder auch vor der Leistung casuell unter, so wird der Vertrag nicht ungültig. Tritt vielmehr die Bedingung, unter der verkauft sein sollte, ein, so ist der Kaufpreis zu zahlen [1]) und der Käufer behält nicht nur die in der Zwischenzeit von ihm selbst gezogenen Früchte, sondern er kann auch diejenigen nachverlangen, welche etwa der Verkäufer noch nach dem Abschluß des Vertrages gezogen hat oder hätte ziehen müssen.

II. Unsere Theorie ist die brauchbarste, nicht nur wegen ihrer leichten Anwendbarkeit, sondern besonders auch wegen ihres materiellen Inhaltes; denn sie entspricht in vollstem Maße dem Willen wie den Interessen der Contrahenten. Der Gläubiger ist durch das sofortige Vorhandensein der pendenten Forderung gesichert und kann zugleich in freiester Weise über dieselbe disponiren. Der Schuldner aber ist durch die Ungewißheit und vor allem durch die Wirkungen des in der Bedingung liegenden dies gegen jeden unbilligen Nachtheil geschützt.

§. 48. Fortsetzung: Vergleich mit anderen Ansichten.

Keine andere Theorie kommt der entwickelten an Einfachheit und Brauchbarkeit gleich.

---

1) Daß diese Entscheidung nicht nur durch die juristische Construction gerechtfertigt, sondern auch materiell zutreffend ist, leuchtet ein.

1) Die Theorie der absoluten Rückwirkung.

Diese ist zwar ebenfalls einfach und leicht anzuwenden, führt aber zu nicht gewollten und unbilligen Resultaten (Früchte, periculum, condictio indebiti u. s. w.). Außerdem widersprechen ihr die Quellenentscheidungen über den in der Bedingung enthaltenen dies, über die condictio indebiti pendente condicione, über Versprechen unmöglicher Leistungen, welche pendente condicione möglich werden, sowie umgekehrt Versprechen möglicher Leistungen, welche pendente condicione unmöglich werden.

2) Die Theorie der Willensgebundenheit.

Nach Windscheid's Ansicht wird die Wirkung des bedingten Vertrages erst bei Eintritt der Bedingung erzeugt; pendente condicione dagegen ist nur eine „Gebundenheit" des Promissor vorhanden, in Folge deren derselbe „nicht bewirken kann, daß für den Fall der Erfüllung der Bedingung die in Aussicht gestellte rechtliche Wirkung nicht eintrete" und eine dieser Gebundenheit entspechende „Aussicht" des Promissars, welche sich als ein „Ding von rechtlicher Consistenz" erweist [1]).

Es dürfte dieser Ansicht, ganz abgesehen davon, ob sie dem römischen Recht entspricht, dasjenige mangeln, was einer juristischen Theorie erst den practischen Werth gibt. Sie gibt keine Norm, aus welcher die Entscheidung der Einzelnfragen unmittelbar zu deduciren ist. Die Fragen: Ist jene Gebundenheit vererblich? Ist jene „Aussicht" vererblich? Wird sie dem Gewalthaber zur Zeit des Vertragsabschlusses erworben? Berechtigt sie zur actio Pauliana? u. s. w. können ohne Widerspruch mit der Theorie verneint oder bejaht werden. Es ist stets die Frage, ob die Gebundenheit in dieser oder jener Beziehung wie eine Obligation behandelt werde, oder nicht. Andere Fragen, wie z. B.: Kann die Gebundenheit des Promissors (bei Verbalobligationen) acceptoferirt werden? Wurde sie

1) Vergl. vorzüglich Pandekten I. § 89.

durch Litiscontestation consumirt? können zwar aus der Theorie entschieden werden, allein beide würden, da die Acceptilation bezw. Litiscontestation sich jedenfalls nur auf die acceptoferirte Verbalobligation bezw. das in litem deducirte dare oder dare facere oportere, nicht aber auf die „Gebundenheit“ bezw. „Aussicht“ beziehen, in entgegengesetzter Weise wie im römischen Recht zu entscheiden sein.

Aber noch nicht genug. Selbst wenn wir es uns gefallen lassen wollten, daß die Gebundenheit des Schuldners bezw. Aussicht des Gläubigers nicht nur in jenen ersteren, sondern auch (etwa unter Anerkennung einer Singularität) in jenen letzteren Beziehungen wie eine Obligation behandelt würde, so würde auch dadurch die Uebereinstimmung mit dem römischen Recht nicht erreicht sein; denn das römische Recht nimmt alle jene Wirkungen, Vererbung, Erwerb für den Gewalthaber, Berechtigung zur actio Pauliana, Befreiung durch Acceptilation u. s. w., nur an, falls die Bedingung eintritt; bei ausfallender Bedingung dagegen heißt es „nihil agitur“ oder ähnlich. Die Theorie des römischen Rechtes können wir also nur treffen, wenn wir annehmen, daß die Gebundenheit des Gläubigers bezw. Schuldners, falls die Bedingung eintritt, nicht aber falls sie ausfällt, vom Vertragsabschluß an ganz wie eine Obligation behandelt werde. Das hieße freilich in Wahrheit alles das aufgeben, was die Theorie der Willensgebundenheit von der von uns vertheidigten unterscheidet. Daß gegen die Theorie der Willensgebundenheit ferner nicht nur die Stellen beweisen, welche eine Rückwirkung ausdrücklich anerkennen, sondern auch alle diejenigen, welche das Rechtsgeschäft für den Fall des Ausfalls der Bedingung als nullum bezeichnen (S. 338 ff.), ist selbstredend.

3) Die Theorie der Hoffnung.

Nach Köppen [1]) ist das bedingte Geschäft ein vollendetes,

[1]) Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. Ihering's Jahrbücher, Bd. II. vorzüglich S. 163 ff.



nicht pendentes Rechtsgeschäft. Dasselbe begründet ein „successive entstehendes Rechtsverhältniß," welches mit dem Abschluß des Geschäftes beginnt, um durch den Eintritt der condicio perfect zu werden. Während schwebender Bedingung ist das bedingte Rechtsverhältniß „eine durch das Recht geschützte Hoffnung auf das beabsichtigte Verhältniß" und „das in dieser spes vorhandene Rechtsverhältniß, nicht ein neues," kommt durch Eintritt der Bedingung zum Abschluß. „Der rechtliche Character dieser spes bestimmt sich nach dem Character des Rechtsgeschäftes, auf das sie sich gründet." „Die bedingte Obligation (aus einem Vertrage) ist in der Zeit der Pendenz ein unbedingtes obligatorisches Recht, welches die spes debitum iri begründet." „Es wird die verabredete Leistung noch nicht geschuldet, aber für die spes existirt bereits ein Gläubiger, d. h., wer sich etwas sub condicione versprechen läßt, erwirbt sofort eine obligatio imperfecta, die als solche den Entwicklungskeim zu einer Forderung in sich trägt und denselben mit dem Eintritt der Bedingung zu dieser Forderung ausbildet." „So lange dies nicht geschehen ist und bei Ungewißheit der Bedingung kann man zwar nicht sagen, daß es für diese Leistung schon einen debitor gibt, aber es gibt eine Person, welche dies eventuell auf Grund eines dem Gläubiger zustehenden Rechtes werden muß." „Dieser Entwicklung gemäß müßte an sich das Dasein der Obligation vom Moment ihrer Vollendung datiren; in der That wird sie aber nach derselben so behandelt, als wäre sie sine condicione entstanden, als wäre ihr vollendeter Erwerb für den Gläubiger schon eingetreten zur Zeit, wo er die spes acquirirte." „Es fordert dies die Absicht, mit welcher die Obligation contrahirt ist." „Das römische Recht nennt die Nebenbestimmung eine condicio, durch welche die gegenwärtige Existenz eines Rechtsverhältnisses von dem Eintritt einer künftigen ungewissen Thatsache abhängig gemacht ist." Es ist Köppen m. E. nicht gelungen und konnte nicht gelingen, aus dieser Ansicht sichere Consequenzen für die Behandlung der bedingten

Obligation zu entwickeln, und noch weniger, die Uebereinstimmung derselben mit dem römischen Recht zu zeigen. Zunächst ist die von Köppen angenommene Rückwirkung mit seiner Auffassung der successiven Entstehung des Rechtsverhältnisses kaum in Einklang zu bringen. Nur vermöge einer Fiction kann eine Obligation, welche wirklich erst mit dem Eintritt der Bedingung vollendet wird, so angesehen werden, als wäre sie schon früher (als der Gläubiger die spes acquirirte) als vollendete erworben. Für diese Fiction aber fehlt es an jeder Erklärung; denn auf die Absicht der Parteien kann dieselbe, wie früher gezeigt ist, nicht zurückgeführt werden.

Was die Zeit des Schwebens der Bedingung betrifft, so gibt die Hoffnungstheorie keine sichere Antwort auf die Frage nach der Behandlung der bedingten Obligation, weil es stets unbestimmt bleibt, ob der Entwicklungskeim wie die vollendete Obligation behandelt werde, ob er wie diese durch Acceptilation und Litiscontestation untergehe, ob er vererblich sei, zur actio Pauliana berechtige u. s. w. Und trifft man nun für diese Fälle eine Entscheidung, so steht dieselbe, mag sie bejahend oder verneinend ausfallen, mit der Regel des römischen Rechts in Widerspruch, daß alle jene Wirkungen pendente condicione nur eintreten für den Fall des Eintritts, nicht des Ausfalls der Bedingung. Köppen setzt sich mit dieser von ihm nicht bezweifelten Regel folgendermaßen auseinander. Das Recht des Gläubigers pendente condicione „gewährt die Hoffnung, daß die Leistung werde geschuldet werden.“ „Da es auch mit diesem Inhalte durch seinen Hoffnungswerth den für eine Forderung erforderlichen Vermögenswerth hat, so nimmt mit ihm schon die Obligation für beide Contrahenten ihren Anfang, aber weil ihre Vollendung ungewiß, ist sie in pendenti. Daraus folgt: es müssen auch die Wirkungen der Obligation beginnen und wie sie selbst in pendenti sein.“

Ich kann diese Darlegung in doppelter Beziehung nicht für schlüssig halten.

Erstens ist das Vorhandensein des Vermögenswerthes nicht genügend für das Entstehen oder für den Anfang einer Obligation. Eine Obligation kann so lange weder vollendet, noch partiell entstanden sein, als nicht die Verpflichtung eines Schuldners zu einer Leistung an den Gläubiger vorhanden ist, welche hier nach Köppen's Ansicht noch fehlt. Der Begriff von Köppen's angefangener Obligation, welche noch keine wirkliche (vollendete) Obligation ist, noch keinen Schuldner hat, nicht auf eine Leistung des Schuldners gerichtet ist, und doch ein „obligatorisches Recht" ist und so behandelt wird, scheint mir der nöthigen Klarheit zu entbehren und von Widersprüchen nicht frei zu sein. Dagegen soll nicht geleugnet werden, daß Rechte (oder Hoffnungen) auf den Erwerb eines Rechtes und so auch einer Obligation nicht allein gedacht werden können, sondern auch im römischen Recht (freilich nicht im Fall bedingter obligatorischer Verträge) existiren; aber diese Rechte (oder Hoffnungen) auf den Erwerb einer Obligation sind keine Obligationen, können nicht wie Obligationen acceptoferirt oder durch Litiscontestation aufgehoben werden und sind überhaupt von den Obligationen in ihrem Begriff, ihrem Inhalt und der Behandlung, die sie vom Recht erfahren, sehr verschieden. (Darüber später).

Zweitens ist die Frage über die Behandlung der bedingten Obligation bei der Annahme, **pendente condicione** sei eine angefangene Obligation, ein Entwicklungskeim, vorhanden, einfach die: Wird dieser Entwicklungskeim durch Acceptilation, durch Litiscontestation u. s. w. zerstört? Bei Bejahung dieser Frage wird der Entwicklungskeim, die **obligatio imperfecta**, nicht nur im Fall des Eintritts der Bedingung, sondern jedenfalls aufgehoben, da er jedenfalls vorhanden war. Wird aber die Frage verneint, also angenommen, daß nur wirkliche (vollendete) Obligationen acceptoferirt rc. werden können, so kann, so lange noch keine vollendete

Obligation da ist (also pendente condicione), auch noch keine, auch keine pendente Aufhebung derselben eintreten.

4. Sehr nahe steht der Theorie Köppen's trotz mannigfacher Verschiedenheiten im Einzelnen die Ansicht von Scheurl, welche ich wegen dieser inneren Verwandtschaft einfach referire. Das bedingte Rechtsverhältniß gleicht nach ihm dem Zustande „des concipirten nur noch nicht geborenen Kindes." „Als das, was es eigentlich sein soll, ist es noch nicht da, aber als etwas Anderes, woraus es dann durch den Eintritt der Bedingung nur das wird, oder als das hervorgeht, was es eigentlich sein soll, ohne dadurch jetzt erst seinen Ursprung zu nehmen." „Für den Gegenstand, welcher dem Rechtsverhältniß künftig unterworfen sein soll, hat dieses embryonenartige Dasein des Rechtsverhältnisses in jener Zeit, dieses Mittelding zwischen Dasein und Nichtdasein desselben, notwendig ebenfalls einen Mittelzustand zwischen Nichtergriffensein und Ergriffensein von dem in Aussicht stehenden Rechtsverhältnisse zur Folge, einen Mittelzustand zwischen Freiheit und Unfreiheit, der sich als Gebundenheit bezeichnen läßt" [1]). „Die römische Rechtssprache nennt diese schon pendente condicione wirklich vorhandenen Ansätze der bedingten Rechte „Hoffnungen" ohne ihnen damit eine wesentliche rechtliche Realität absprechen zu wollen" [2]). „Mit dem Eintritt der Bedingungsthatsache macht .... der bedingte obligatorische Vertrag .... den Gläubiger forderungsberechtigt, den Schuldner erfüllungspflichtig" [3]). Jedoch nimmt Scheurl gleichwohl eine Rückwirkung bei der reinen Bedingung an, welche er aus dem Wesen der Bedingung folgert. Diese Rückwirkung aber versteht er in folgendem Sinne: „Sie kann nicht .... ein Forderungsrecht für die Vergangenheit schaffen, sondern nur als bereits in der Ver-

---

1) a. a. O. S. 123.
2) S. 130.
3) § 4. § 50 ff.

gangenheit dagewesen erscheinen lassen, und wenn sie doch eine wahre Rechtswirkung sein soll, die rechtliche Nothwendigkeit bewirken, daß es so behandelt werde, als wenn jene Rechtsverhältnisse in der Vergangenheit schon bestanden hätten" [1]). Also Hoffnungstheorie mit Fiction der Rückwirkung wegen des Willens der Parteien.

5) Auch die Ansicht Wendt's zeigt mit der Theorie Köppen's einige Verwandtschaft. Wendt geht von dem Fundamentalsatze aus: „eine Wirkung kann als thatsächliches Moment immer nur da sein, oder nicht da sein, während es dem Willen möglich ist bedingt zu erscheinen." Die doppelte Unrichtigkeit dieser Grundlage springt nach den früheren Erörterungen sofort in die Augen.

Der Wille kann gerade umgekehrt nicht bedingt sein. Wollen ist eine Thatsache. „Die Seelenbewegung, die wir Wollen nennen, kann im gegenwätigen Moment nur da sein oder nicht da sein, und an dem, was ist, kann durch die Zukunft nichts geändert werden" [3]). Eine Wirkung aber ist nicht nothwendig etwas Thatsächliches; die Rechtswirkungen, wie überhaupt alle Rechte, existiren nur in der Idee; das Thun ist thatsächlich, das „Dürfen" gedacht. Bei der Wirkung fragt es sich also nur: kann sie als von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängig gedacht werden. Kann sie das, und wird sie es im positiven Recht, so existirt sie im Sinne des Rechts als bedingte." Daß sie es kann und wird, ist oben gezeigt [4]).

War dieser Unterschied der thatsächlichen Ereignisse und der Rechtswirkungen einmal verkannt, und erschien somit die Annahme eines pendenten Rechtes ausgeschlossen, so konnten die pendente condicione stattfindenden Wirkungen nur als Folgen eines sofort gewissen Rechtsverhältnisses erscheinen, und Wendt kommt somit

---

[1]) Oben S. 182 u. 83.

[2]) Die Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. Erlangen 1879.

[3]) Im Einzelnen vergl. oben § 19.

[4]) Oben § 27 u. 29.

zu der Behauptung: Aus dem bedingten Vertrage entsteht ein Forderungsrecht sofort mit dem Abschluß des Vertrages. Allein — und darauf beruht wieder, ganz abgesehen von ihrer Begründung im geltenden Recht, der Mangel practischen Werthes dieser Theorie — Wendt gibt nicht an und wird nie befriedigend angeben können, welches der Inhalt dieser Obligaton sei, welches die Leistung sei, welche der Schuldner schon pendente condicione unzweifelhaft schuldet. Nur daß diese Obligation einen anderen Inhalt habe, als die bedingte Obligation, daß bei ihr insbesondere das Recht auf Erfüllung ausfalle, daß sie gar nicht erfüllt werden könne, wird uns gesagt (S. 4. S. 42) [1]).

Das ist nichts Positives und nicht geeignet zur Grundlage einer Theorie, aber freilich m. E. genügend, um die Unhaltbarkeit der Wendt'schen Theorie zu zeigen; denn es verflüchtigt den Obligationsbegriff völlig.

Unter Forderungsrecht verstehen wir das Recht (eines Gläubigers) auf eine Handlung oder Leistung (des Schuldners) oder genauer mit Hartmann das Recht (des Gläubigers gegen den Schuldner) auf Befriedigung eines Privatinteresses. Die Vornahme dieser Handlung in der Absicht, dadurch dem Rechte des Gläubigers Genüge zu thnn, oder (mit Hartmann) die Befriedigung dieses Privatinteresses in gleicher Absicht, nennen wir Erfüllung. Nehme ich also dem Gläubiger das Recht (nicht nur die Klage) auf Erfüllung, so nehme ich ihm das Forderungsrecht selber. Das Forderungsrecht ohne Recht auf Erfüllung ist eine contradictio in adjecto, ist das Lichtenberg'sche Messer ohne Heft und Klinge.

Im übrigen wiederholen sich der Theorie Wendt's gegenüber die unter Nr. 3 hervorgehobenen Einwürfe. Ihre Nichtüber-

[1]) „Das bedingte Recht ist von dem unbedingten verschieden, besonders durch den Ausfall des Rechts auf Erfüllung. Eine bedingte Schuld kann gar nicht erfüllt werden."



einstimmung mit den Quellenaussprüchen ist schon oben (S. 342 ff.) hervorgehoben.

III. Die Bedingung bei Vermächtnissen.

1) Im Allgemeinen.

§. 49.

Neben den obligatorischen Verträgen bilden die letztwilligen Verfügungen und unter ihnen besonders die Vermächtnisse das Hauptanwendungsfeld der Bedingung. Auch hier steht uns daher ein reiches Quellenmaterial zu Gebote, wir stehen auf sicherem Boden, während für die nichtobligatorischen (die dinglichen und die liberatorischen) Geschäfte unter Lebenden der Zustand unserer Quellen manchen Zweifel offen läßt. Dieser Umstand und der characteristische Gegensatz der Wirkungen bedingter obligatorischer Verträge und bedingter Vermächtnisse macht es wünschenswerth die Vermächtnisse (und sodann die Erbeseinsetzungen) im unmittelbaren Anschluß an die Vertäge zu besprechen.

Der innere Grund, weshalb das römische Recht sofort mit dem bedingten Vertrage eine pendente (freilich befristete) Obligation entstehen läßt, liegt, wie wir gesehen haben, in dem Princip der Simultanität. Dieses Princip aber findet auf testamentarische Verfügungen keine Anwendung. Gleichwie das Gesetz überdauert der letzte Wille den Moment seiner Aeußerung ja das Leben des Testirenden und greift wie das Gesetz noch nach langer Zeit, wenn die Erfordernisse seiner Wirksamkeit erfüllt sind, schaffend und vernichtend in die Rechtsverhältnisse ein [1]). Nur natürlich ist es daher, daß mit der Ursache auch die Folge, die Pendenz der Rechte,

---

[1]) Oben S. 288 ff.

(oder die sog. Rückwirkung) bei den bedingten Vermächtnissen verschwindet.

In der That läßt sich die Wirkung des bedingten Legates durch folgende drei Sätze characterisiren. Die Legatsforderung wie das legirte dingliche Recht datiren frühestens von dem Moment des Eintritts der Bedingung und werden auch nach dem Eintritt der Bedingung nicht zurückgezogen. Die das bedingte Legat schon pendente condicione begleitenden Wirkungen setzen keine (auch keine pendente) Forderung voraus. Der schon pendente condicione eintretende Uebergang auf die Erben des Onerirten und die Wirksamkeit des Vindicationslegates gegen Singularsuccessoren des Onerirten ist lediglich die Folge der Aufhebung der Simultanität und des Willens des Testators, nöthigt daher nicht zur Annahme einer besonderen Gebundenheit, oder Vorwirkung, passiven Wirkung oder gar zur Annahme einer partiellen Vorwirkung.

Die Richtigkeit dieser Sätze ist für die obligatorischen (Damnationslegat und Fideicomiß) und dinglichen Wirkungen (Vindicationslegat) zu beweisen, an welche letzteren sich passend eine Besprechung der durchaus analog behandelten manumissio testamento anreiht.

2) Die Legatsforderung oder das legirte dingliche Recht, bezw. die Freiheit bei der manumissio testamento, entsteht ohne jede Rückwirkung frühestens mit Eintritt der Bedingung.

§. 50. a) Damnationslegat und Fideicomiß.

Wenn es richtig ist, daß der Legatar pendente condicione nicht als Gläubiger einer pendenten Obligation betrachtet wird, so können auch alle Wirkungen, welche wir als characteristisch für das Dasein schwebender Forderungen kennen gelernt haben, nicht eintreten. Die Quellen bestätigen dies in jeder Beziehung.

a. Pendente condicione kann die Forderung des Legatars, da

sie noch nicht (auch nicht als pendente) existirt, nicht aufgehoben werden. Daher sind diejenigen Aufhebungsacte, welche nur im Momente ihrer Vornahme wirken, einflußlos auf das bedingte Legat. Hierher gehört erstens die Acceptilation. Obgleich dieselbe schon existirende Legatsschulden indirect aufhebt, wenn nämlich einem fideijussor des Legatars acceptoferirt wird (L. 1. § 7. D. de accept.), obgleich ferner bedingte Vertragsobligationen mit liberatorischer Wirkung acceptoferirt werden können (L. 16. D. de solut. 46. 3. L. 77. D. de R. J. 50. 17), auch zweiffellos [1]) dann mit aufgehoben werden, wenn dem Bürgen der bedingten Vertragsobligation acceptoferirt ist, wird doch die bedingte Legatsschuld durch die dem Bürgen gegenüber vorgenommene Acceptilation nicht vernichtet.

L. 13. § 8. D. de accept. (46. 4). Ulpianus l. 50 ad Sabinum. Si legatorum sub condicione relictorum fidejussori dato acceptolatum sit, legata debebuntur postea condicione eorum existente.

Es ist in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen der bedingten Legatsschuld und irgend einer andern noch nicht existirenden Schuld, und sehr bezeichnend ist es, daß Ulpian diese Gleichheit zum prägnanten Ausdruck bringt, indem er die Acceptilation der Bürgschaft für eine andere zweifellos noch nicht bestehende Schuld im unmitelbaren Anschluß hieran behandelt.

L. 13. § 9 cit. Qui ita stipulatur a fidejussore: 'quod Titio credidero, fide tua esse jubes?', deinde, antequam crederet, acceptum fecit fidejussori, reus non liberabitur, sed quandoque ei creditum fuerit, tenetur.

Wie es sich mit der Obligation des Bürgen in beiden Fällen verhalte, ist schon oben besprochen (S. 260 ff.).

[1]) Natürlich gerade wie im Fall der L. 16 cit. nur im Fall des Eintritts der Bedingung.

In gleicher Weise wie die Acceptilation kann auch die pendente condicione stattgefundene Litiscontestation keine consumirende Kraft auf das bedingte Legat äußern, während sie die bedingte Vertragsobligation aufhebt. Wenn es auch für das bedingte Damnationslegat an einem speciellen Quellenzeugnisse fehlt, wird doch dieser Satz schwerlich Anfechtung erleiden, um so weniger als er für das Vindicationslegat direct ausgesprochen ist (s. unten).

b. Es ist schon früher (§ 43) gezeigt, daß das Verbot fraudulöser Manumissionen nur zu Gunsten derjenigen Gläubiger wirkte, welche bereits zur Zeit der Manumission eine bestehende Forderung hatten, und daß demnach, wo, wie bei bedingten Obligationen, in diesem Momente eine pendente Forderung existirte, die Richtigkeit oder Gültigkeit der Manumission von dem Eintritt oder Ausfall der Bedingung abhieng. Ist es richtig, daß der mit einem bedingten Legat Honorirte vor Eintritt der Bedingung nicht Gläubiger einer pendenten Obligation ist, so kann er im Gegensatz zu dem bedingten Vertragsgläubiger, durch die lex Aelia Sentia nicht geschützt sein, mag auch die Bedingung seines Legates nachher eintreten.

L. 27. pr. D. qui et a quibus (40. 9). In fraudem creditorum manumittit, sive dies solvendae pecuniae jam cessit, sive in diem vel sub condicione sit debitum. diversa causa est legati sub condicione relicti: *nam antequam condicio exstiterit, inter creditores legatarius iste* non habetur; vergl. L. 16. § 4. D. eod.

c. Genau dieselben Grundsätze entscheiden bezüglich der alienatio in fraudem creditorum. Der bedingte Legatar kann eine solche nicht anfechten, wenn sie pendente condicione vorgenommen ist. Es wird dies nicht nur durch die Analogie der manumissio in fraudem creditorum wahrscheinlich, sondern auch durch die L. 42. pr. D. de obl. et act. (44. 7) bestätigt, welche in ihrem ursprünglichen Zusammenhange (vergl. oben S. 366 unten) auf die Concurstheilnahme oder die actio Pauliana oder auf Beides sich bezog.

Ulp. L. 21. ad edictum. Is cui sub condicione legatum est, pendente condicione non est creditor, sed tunc, quum extiterit condicio, quamvis eum, qui stipulatus est sub condicione, placet etiam pendente condicione creditorem esse.

In gleicher Weise fehlt dem bedingten Legatar, so lange die Bedingung schwebt, die Befugniß zur missio in possessionem bonorum debitoris, wie in Anlage II., soweit es der Zustand unserer Quellen gestattet, nachgewiesen ist.

d. Das emancipirte Kind hat bei der Beerbung des Vaters sein schon erworbenes Vermögen zu conferiren, daher auch die als pendente Obligation schon erworbene bedingte Vertragsobligation, nicht aber das bedingte Legat, da aus diesem erst mit Eintritt der Bedingung Rechte erworben werden.

L. 2. § 3. D. de coll. bon. (37. 6). Id quoque, quod sub condicione ex stipulatu debetur emancipato, conferri debet. diversum est in legato condicionali, quia et si in potestate fuisset et post mortem patris condicio extitisset, ipse haberet actionem.

e. Der Schlußsatz der oben citirten Stelle führt zu einem weiteren, mit dem vorhergehenden in unmittelbarem Zusammenhange stehenden Beweisgrunde: Da die Forderung aus dem bedingten Legat erst im Moment des Eintritts der Bedingung erworben wird, so entscheidet darüber, ob sie dem Gewalthaber des Legatars oder dem Legatar selber erworben wird, der status des Letzteren im Moment der eintretenden Bedingung, während bei Verträgen, weil dort die Obligation als pendente schon im Moment des Geschäftsabschlusses acquirirt wird, der status im Moment des Geschäftsabschlusses maßgebend ist; vergl. außer der L. 2. § 3 cit.

L. 14. § 3. D. quando dies (36. 2). Ulpianus l. 24 ad Sabinum . . . si sub condicione fuerit legatum, non transit, sed exspectabit condicionem eique acquiretur, cujus

juris erit (sc. filius familias) condicionis existentis tempore; quod si sui juris fuerit eo tempore, sibi potius acquiret; ferner L. 5 § 7 eodem. L. 18. D. de R. J. (50. 17). L. 1. § 20. L 3. D. ut leg. (36. 3). L. 5. C. de cond. ins. (6. 46).

Was speciell die Fideicommisse betrifft, so ist von Bedeutung die

L. 114. § 11. D. leg. I. Marcianus l. 8 institutionum. Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eum, qui rogatus est sub condicione fratris sui filiis restituere, ante diem fideicommissi cedentem ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his in potestate patris agentibus, quum possit die fideicommissi cedente sui juris constitutis ipsis debere restitui, vel si aliquis ex his decesserit, non omnibus.

Die Stelle beweist, daß die Wirkung des Fideicomisses erst existente condicione eintritt; daß die Frage, wem aus dem bedingten Fideicomiß erworben wird, sich nach dem Moment des Eintritts der Bedingung bestimmt, und daß pendente condicione die Wirkung des Fideicommisses nicht einmal durch Einverständniß des bedingt Honorirten und Onerirten herbeigeführt werden kann; vergl. auch L. 15. D. quando dies leg. (36. 2).

g. In voller Uebereinstimmung mit der bisher geschilderten Behandlung des bedingten Damnationslegates steht auch die Unvererblichkeit desselben während schwebender Bedingung. Der Legatar vererbt nichts, weil er noch nichts erworben hat.

L. 9. § 14. D. ut leg. (36. 3).

L. 5. pr. § 2. D. quando dies leg. (36. 2). L. un. § 7. C. de cad. toll. (6. 51).

Auf der anderen Seite darf man übrigens nicht so weit gehen, das Ungültigwerden des Legates durch den vor eintretender Bedingung erfolgenden Tod des Legatars als eine *unvermeidliche* Folge der Nichtrückwirkung des bedingten Legates zu bezeichnen. *Denken* ließe es sich sehr wohl, daß das Legat, obgleich erst bei

eintretender Bedingung wirkend, doch mit dieser Wirkung auch den Erben des Legatars träfe. Nur würde das freilich eine Besonderheit sein, welche nicht unter dem Begriff der Vererbung fiele, da von einer Vererbung nur bei erworbenen Rechten, welche schon einen Bestandtheil des Vermögens ausmachen, die Rede ist. Für diese Besonderheit aber müßte ein besonderer Grund vorhanden sein, und an einem solchen, der wohl nur in dem Willen des Testators liegen könnte, fehlt es hier; denn die letztwilligen Verfügungen „sind höchst persönlicher Natur," „ihr Schwerpunkt liegt darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewandt werden soll" [1]), und es kann daher nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß der Erblasser dasjenige, was er dem Legatar ausgesetzt hat, eventuell auch seinem Erben zugedacht habe. Eine Wirkung für den Erben des Legatars, falls Letzterer pendente condicione gestorben ist, kann daher nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn der Wille des Testators erkennbar darauf gerichtet war, m. a. W., wenn der Erbe eventuell mithonorirt sein sollte. Ist nach dem Gesagten der Wille des Testators allerdings in Betracht zu ziehen, so darf man doch nicht mit Windscheid die Unvererblichkeit des bedingten Legats lediglich auf den Willen des Testators zurückführen. Deutlich zeigt dies eine Vergleichung mit der Schenkung (unter Lebenden). Auch das Schenkungsversprechen ist „höchst persönlicher Natur" auch sein „Schwerpunkt liegt viel weniger darin, daß etwas weggegeben, als darin, daß einer bestimmten Person etwas zugewendet werden soll." Gleichwohl findet beim bedingten Schenkungsversprechen pendente condicione ein Uebergang auf die Erben des Beschenkten statt, wenn nicht etwa erkennbarermaßen das Leben des Beschenkten bei Eintritt der Bedingung den in Wahrheit gewollten Inhalt der Bedingung bildet. Diese Verschiedenheit erklärt sich nur aus der verschiedenen technischen Behandlung bedingter Vertragsobligationen

---

[1]) Windscheid I. § 89.

und bedingter Legate. Diese führt beim bedingten Schenkungsversprechen zur Vererblichkeit, beim bedingten Legat zur Unvererblichkeit. Der erkennbar ausgedrückte Wille des Testators macht hier wie dort eine Ausnahme [1]). In dem Rest von Fällen aber bleibt die durch die technisch verschiedene Behandlung gegebene Verschiedenheit bestehen.

§. 51. b. Vindicationslegat.

Die hier zu beantwortende Frage lautet in präciser Fassung: Erzeugt das bedingte Vindicationslegat pendentes Eigenthum, herrscht also vom Erbschaftsantritt bis zum Eintritt der Bedingung darüber, ob der Legatar oder der Erbe Eigenthümer sei, eine Ungewißheit, welche durch den Eintritt der Bedingung aufgeklärt wird? oder wird der Legatar erst mit dem Eintritt der Bedingung Eigenthümer und ist es in der Zwischenzeit zweifellos der Erbe gewesen? Schon die Berücksichtigung des in der Bedingung regelmäßig liegenden dies forbert die Entscheidung für den zweiten Theil der Alternative; denn wenn auch, wie wir gesehen haben, der Anfangstermin bei Obligationen nicht die Entstehung der Obligation hinausschiebt, sondern ihren Inhalt modificirt, so daß also die sofortige Entstehung der Obligation die Wirksamkeit des dies keineswegs ausschließt, so ist doch ein Gleiches mit dem Eigenthumsbegriffe nur in äußerst künstlicher Weise vereinbar und daher vom römischen Recht nicht angenommen. Die Quellen kennen kein befristetes Eigenthum. Wollten wir also annehmen, das Eigenthum entstehe beim bedingten Vindicationslegat schon mit dem Erbschaftsantritt (als pendentes), so läge darin eine Nichtbeachtung des dies, eine Verletzung des Willens des Testators. Aber auch abgesehen von diesem

---

[1]) In beiden Fällen ist übrigens die Ausnahme nur eine materielle, nicht eine formelle; denn im ersten Fall wird die Bedingung so interpretirt, „wenn der Beschenkte den Eintrit des . . . . . Umstandes erlebt.“ Bei früherem Tode deficirt also die Bedingung. Im zweiten Fall ist ein eventuelles zweites Legat zu Gunsten der Erben des ersten Legatars vorhanden, nicht wird das erste vererbt.



Beweisgrunde und den allgemeinen oben entwickelten Argumenten ist der Beweis mit völliger Sicherheit aus den Quellen zu erbringen.

a. Die Annahme eines pendenten Eigenthums ist nicht wohl mit den Aussprüchen der Quellen zu vereinen, welche dem Erben in der Zwischenzeit zwischen Erbschaftsantritt und Eintritt der Bedingung zweifelloses Eigenthum [1]) zuerkennen.

Gaj. II. 200. Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cujus esset? Nostri praeceptores *heredis esse putant exemplo statuliberi* . . . . *quem constat interim heredis esse.*

L. 29. § 1. D. qui et a quibus manumissi (40. 9). Gajus l. 1 de manum. Sub condicione servus legatus pendente condicione *pleno jure heredis est* . . . . .

L. 12. § 2. D. fam. herc. (10. 2). Ulp. l. 19 ad ed. Res quae sub condicione legata est, *interim heredum est; et ideo venit in familiae herciscundae judicium*, et adjudicari potest . . . .; vergl. L. 82. pr. D. de leg. I. (30). L. 32. § 1. D. de leg. II. (31). Noch schlagender ist die L. 1. § 4. D. de S. C. Sil. (29. 5), weil hier das Vorhandensein der Pendenz ausdrücklich verneint wird.

Ulp. l. 50 ad edictum. Servi appellatione etiam hi continentur, qui sub condicione legati sunt; nam *medio tempore heredis sunt, nec quod condicio existens efficit, ut desinant esse heredis, facit, ne videantur interim ejus.* idem erit dicendum in statulibero.

Um die Beweiskraft dieser Stellen voll zu würdigen, braucht man nur die Redeweise der Quellen in einem Fall zu vergleichen, wo wirklich dominium pendens vorhanden ist.

L. 86. § 2. D. de leg. I. Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam ejus attingunt, *in sus-*

---

1) Es wird hier von der Proculianischen Ansicht vorläufig völlig abgesehen.



penso est. nam si legatarius repulerit a se legatum, *nunquam ejus fuisse videbitur:* si non repulerit, *ex die aditae hereditatis ejus intelligetur* etc.

b. Von besonderem Interesse ist für unsere Frage die L. 12. § 5. D. usufr. (7. 1). Ulpian führt hier aus, daß die Früchte einer einem Nießbrauch unterworfenen Sache in der Zeit nach der Separation, aber vor der Perception durch den Usufructuar, dem Proprietar gehören, und daß daher, wenn sie gestohlen werden, nur diesem die condictio furtiva zustehe. Er vergleicht dieses Eigenthum mit dem Eigenthum des Erben an den sub condicione legirten Sachen und stellt diesen Fällen im scharfen Gegensatze Fälle des dominium pendens gegenüber, in welchen, wie das Eigenthum selbst, auch die condictio furtiva in der Schwebe sei. Durch Vergleichung, Gegensatz und die gezogene practische Consequenz bezüglich der condictio furtiva wird unser Beweissatz bestätigt.

Julianus libro tringensimo quinto digestorum tractat, si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis *proprietario condictionem competere*, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus, fructus non esse ablatos. Marcellus [1]) autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius, fortassis fiant ejus: nam si fiant, qua ratione hoc evenit? nisi ea, ut *interim fierent proprietarii, mox adprehensi fructuarii efficiantur, exemplo rei sub condicione legatae, quae interim heredis est, existente autem condicione ad legatarium transit. verum*

[1]) Marcellus scheint nur in der Begründung, nicht in der Entscheidung selbst von Julian abgewichen zu sein; doch ist Sicheres darüber nicht zu constatiren.



est enim condictionem competere proprietario: cum autem in pendenti est dominium (ut ipse Julianus ait in fetu, qui summittitur et in eo, quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto), dicendum est *condictionem pendere* magisque in pendenti esse dominium [1]).

In gleicher Weise wird auch in L. 14. pr. D. de cond. furt. (13. 1) [2]), wenn die unter einer Bedingung legirte Sache pendente condicione gestohlen ist, dem Erben die condictio furtiva eingeräumt. Daß diese condictio furtiva, wenn die Bedingung des Legates vor dem Urtheil eintritt, nicht mehr zur Condemnation führen soll, ist eine Folge davon, daß das klägerische Recht ohne Zuthun des Beklagten vor dem Urtheil untergegangen ist „res sine dolo malo furis ejus (sc. actoris) esse desiit,“ und ist kein Beweis für, sondern in Folge der ausdrücklich hervorgehobenen Begründung sogar gegen die Rückwirkung.

c. Eine sehr gute Probe für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des dominium pendens bietet die Heranziehung der Lehre von der Confusion bei Servituten. Setzen wir den Fall: Der Nießbrauch einer Sache ist pure dem Mävius, die nuda proprietas sub condicione dem Titius legirt. Der Erbe veräußert die Sache pendente condicione an den Usufructuar Mävius. Später tritt die Bedingung des Legates an Titius ein.

Nehmen wir jetzt an, das bedingte Legat erzeuge schon bei Antritt der Erbschaft pendentes Eigenthum, so wäre nach dem Eintritt der Bedingung klar geworden, das der Titius schon vom Erbschafts-

---

1) Ueber die Schlußworte vergl. Mommsen's Pandektenausgabe.

2) Julianus l. 26. dig. Si servus fugitivus sub condicione legatus fuerit, pendente ea heres condictionem habebit et, si lite contestata condicio exstiterit, absolutio sequi debebit, perinde ac si idem servus sub condicione liber esse jussus fuisset, et lite contestata condicio exstitisset: nam nec petitoris jam interest hominem recipere et res sine dolo malo furis ejus esse desiit.

antritt an Eigenthümer war, daß mithin der Mävius mittlerweile nicht Eigenthümer werden konnte, und daher sein Nießbrauch nicht durch consolidatio untergegangen ist. Nehmen wir dagegen an: der bedingte Legatar werde erst mit Eintritt der Bedingung Eigenthümer, und es werde auch nicht nachträglich so betrachtet, als sei er schon früher Eigenthümer gewesen, sondern es sei und bleibe das Eigenthum des Erben während der Zwischenzeit unzweifelhaft, so ist der Usufructuar Mävius inzwischen Eigenthümer geworden und hat seinen Nießbrauch durch consolidatio verloren, so daß durch den Eintritt der Bedingung die Sache nießbrauchsfrei an den Titius kommt. Die Quellen entscheiden sich für die letztere Alternative und daher gegen jede Rückwirkung bei bedingten Vindicationslegaten.

L. 17. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4). Julianus l. 36. dig. Si tibi fundi ususfructus pure, proprietas autem sub condicione Titio legata fuerit, pendente condicione dominium proprietatis adquisieris, deinde condicio extiterit, *pleno jure fundum Titius habebit*, neque interest, quod detracto usu fructu proprietas legata sit: *tu enim, dum proprietatem adquiris, jus omne legati usus fructus amisisti.*

Etwas modificirt, aber in keiner Beziehung widersprechend ist die Sachlage, wenn wir den Erben selbst als den Servitutberechtigten denken. Auch hier wird seine Servitut, da er pendente condicione legati Eigenthümer ist, durch confusio aufgehoben; nur wird als vermuthlicher Willen des Testators angenommen, daß der Legatar die Sache zu gleichem Rechte, wie sie der Testator gehabt hat, haben soll, und daher verpflichtet ist, dem onerirten Erben die durch Confusion verlorenen Servituten wieder zu errichten.

L. 18. D. de serv. (8. 1). Paulus lib. 31 quaest. Papiniani notat. In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Nur beim Nießbrauch erleidet dies eine Ausnahme. Wegen des den Werth des Eigenthums großentheils aufhebenden Umfangs dieses Rechtes, der ihn einem Theile des Eigenthums ähnlich macht, wird hier angenommen, daß des Testators Absicht war, die Sache frei von dem dem Onerirten zustehenden Nießbrauch dem Legatar zuzuwenden. Daher kann hier die Wiederherstellung des durch die confusio erloschenen Nießbrauchs nicht gefordert werden.

L. 76. § 2. D. de leg. II. (31). Papinianus l. 7 respons. Dominus herede fructuario scripto fundum sub condicione legavit. *voluntatis ratio* non patitur, ut heres, ex causa fructus emolumentum retineat: diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est: quoniam fructus portionis instar optinet.

Zu beachten ist, daß nicht gesagt wird, die übrigen Servituten blieben bestehen, sondern nur, daß der heres ex causa eorum emolumentum retineat; d. h. nach der L. 18 cit.: Der Erbe kann vermittelst der exceptio doli Wiederbestellung erzwingen.

L. 26. D. de leg. II. (31). Marcellus l. 16 dig. Is, cujus in servo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum servum legavit. non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usufructu.

Daß übrigens in diesen Fällen der eigentliche Untergangsgrund des Nießbrauchs in der consolidatio liegt, während die voluntatis ratio nur das Recht des Erben auf Wiederherstellung des Nießbrauchs ausschließt, wird vollständig klar durch die von der vollkommen analogen manumissio testamento redende

L. 6. D. de man. test. (40. 4). Ulp. lib. 18 ad Sab. Si fructuarium dominus proprietatis heredem scripserit et servo sub condicione sit libertas data: *quoniam interim fit heredis, confusione facta* usus fructus, si extiterit condicio, perveniet ad libertatem.

Auch diese Stellen sind sonach nicht gegen, sondern für unsere Ansicht zu verwerthen.

d. Wenn der Erbe an der legirten Erbschaftssache pendente condicione legati ein dingliches Recht bestellt, so müßte dasselbe, wenn wir Rückwirkung des Eigenthumserwerbes des Legatars annehmen wollten, in der Schwebe sein, so daß durch den Eintritt der Bedingung klar würde, daß es in Wahrheit niemals bestanden habe. Die Quellen dagegen betrachten es als in der Zwischenzeit zweifellos bestehend und mit dem Eintritt der Bedingung ohne jede Rückwirkung erlöschend oder endigend.

L. 11. § 1. D. quemadm. serv. (8. 6). Marcellus l. 4 dig. Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: *extinguentur*, si legati condicio existat.

L. 105. D. de cond. (35. 1). Pomp. 15 epist. . . . sed et imposita servitus *finietur* existente condicione.

L. 16. D. quib. modis ususfr. am. (7. 4). Ulp. l. 5 disp. . . . . . . ut, si condicio extiterit mei legati, ususfructus ab herede relictus *finiatur*.

e. Auch die Lehre vom Servitutenerwerb ist für uns zu verwerthen. Wenn der Erbe in der Zeit zwischen Erbschaftsantritt und Existenz der Bedingung Eigenthümer war, so konnte er inzwischen für die Sache auch Servituten erwerben, welche mit der Sache selbst bei Eintritt der Bedingung auf den Legatar übergehen, während bei der Annahme des dominium pendens diese Servituten wie das Eigenthum des Erben selbst in der Schwebe sein müßten und mithin bei Eintritt der Bedingung als niemals vorhanden erkannt werden würden. Daß das Erstere, nicht aber das Letztere zutrifft, beweist die L. 11. § 1 cit., welche nach den oben angeführten Worten fortfährt: videamus, an adquisitae sequantur legatarium: et magis dicendum est, ut sequantur.

Auch die L. 3. D. de serv. leg. (33. 3) gehört hierher:

Marcellus l. 29 dig. . . . . si sub condicione quis fundum legasset, viam pure aut pro parte fundum pure, pro parte sub condicione et viam sine condicione, si pendente ea legati dies cessisset, interiturum fore viae legatum etc.

Das Legat wird hier offenbar deshalb ungültig, weil der Legatar im Moment des Anfalls des legatum viae noch nicht Eigenthümer des praedium dominans ist. Wäre dominium pendens vorhanden, so erschiene im Fall des Eintritts der Bedingung dieser Grund des Ungültigwerdens hinfällig.

f. Erinnert man sich, daß beim legatum optionis jeder Gegenstand legirt gilt unter der Bedingung, wenn er gewählt werde, so bietet auch die L. 11. D. de opt. leg. (33. 5) einen schönen Beweis.

Julianus l. 36 dig. Si Eros Sejo legatus sit et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit isque Erotem optaverit, fundus ad solum Sejum pertinebit, quoniam aditae hereditatis tempore is solus esset, ad quem posset legatum pertinere.

Mävius wird durch seine Wahl des Eros Eigenthümer des Eros erst von der Wahl, d. h. also dem Eintritt der Bedingung an. Der früher durch den Eros gemachte Erwerb und so auch jenes legatum fundi kann ihm also nicht erworben sein. Bei dominium pendens dagegen wäre der fundus dem Maevius und dem Sejus zu gleichen Theilen erworben.

Dieselbe Consequenz tritt auch bei der ganz analogen bedingten libertas legata ein. Da der Manumitirte ohne jede Rückwirkung erst frei wird im Momente des Eintritts der Bedingung, so kann das ihm ausgesetzte Legat nur gültig sein, wenn der Anfall erst nach dem Eintritt der Bedingung stattfindet, mit anderen Worten, wenn die Bedingung vor dem Erbschaftsantritt eintritt.

L. 91. § 1. D. de leg. I. Julianus l. 36 dig. Praesenti quidem die data libertate servo legari vel pure vel sub condicione poterit: cum vero libertas sub condicione data

fuerit, alias utiliter, alias inutiliter pure legabitur. nam si ea condicio libertatis fuerit, ut patre familias statim mortuo possit ante aditam hereditatem existere condicio, veluti: 'Stichus si decem Titio dederit', (vel 'Capitolium ascenderit') 'liber esto', utile legatum est: hujusmodi autem condiciones: 'si heredi decem dederit', 'si post aditam hereditatem Capitolium ascenderit', inutile legatum efficient. necessario autem ex asse herede scripto etiam hae condiciones, quae ante aditam hereditatem impleri possunt, inutile legatum efficient.

Genau so L. 86. § 1. D. de cond. (35. 1). Die Schlußentscheidungen beider Stellen, den Fall der Einsetzung eines heres necessarius betreffend, erklären sich aus der regula Catoniana; vergl. auch L. 13. pr. D. de opt. leg. (33. 5) u. A.

g. Da pendente condicione der Legatar noch nicht berechtigt ist, da ihm auch nicht etwa ein dominium pendens zusteht, so kann natürlich, wenn er die Eigenthumsklage anstellt, auch keine Consumtion eintreten. Die Wiederholung der Klage nach eingetretener Bedingung ist also nicht ausgeschlossen. Dies bezeugt die L. 11. §. 4. D. de exc. rei jud. (44. 2), deren indirecte Beweiskraft, wenn sie sich auch zunächst auf die exceptio rei judicatae bezieht, schwerlich angefochten werden wird;

.... si forte sub condicione res legata mihi fuerit, deinde medio tempore adquisito dominio petam, mox existente condicione legati rursus petam, putem exceptionem non obstare [1];

ferner L. 1. § 4. D. quando dies ususfructus legati cedat (7. 3), welche besagt, daß die actio confessoria aus dem legirten Usus-

[1]) Von, wenn gleich untergeordneter, Beweiskraft ist auch der von Wendt Bed. Rechtsgeschäft. S. 119 hervorgehobene Schlußsatz dieser Stelle, in welchem der mit Eintritt der conditio legati stattfindende Eigenthumserwerb als ein neuer bezeichnet wird: „alia enim causa fuit prioris dominii, haec nova nunc accessit."

fructus ante diem legati cedentem — also, dürfen wir schließen, auch vor Eintritt der Bedingung — nicht consumirt werde.

> Non solum autem ususfructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu; idemque, et si ex die fuerit legatus ususfructus. Denique Scaevola aït, agentem ante diem ususfructus *nihil facere*, quamvis alias, qui ante diem agit, male agit.

h. Endlich kehren hier eine Reihe von Erscheinungen und Beweisgründen in ganz gleicher Weise, wie wir sie beim Damnationslegat bereits kennen gelernt haben.

Das emancipirte Kind braucht bei der Beerbung des Vaters ein ihm von irgend Jemand unter einer Bedingung hinterlassenes Legat nicht zu conferiren, wenn der Collationsfall pendente condicione eintritt (oben S. 397).

Das bedingte Vindicationslegat wird demjenigen erworben, in dessen Gewalt sich der Legatar bei Eintritt der Bedingung befindet, bezw. wenn er in diesem Augenblick gewaltfrei ist, ihm selber. (Beweisstellen oben S. 397 ff.).

Das bedingte Vindicationslegat ist pendente condicione unvererblich. (Beweisstellen und Begründung oben S. 398 ff.).

§. 52. c. Testamentarische Manumission.

Dafür, daß der unter einer Bedingung testamentarisch Manumittirte erst bei Eintritt der Bedingung frei werde, bis dahin aber (mit Ausschluß der Pendenz) im unzweifelhaften Eigenthum sich befinde, darf man sich nicht auf die Natur der Freiheit berufen; denn diese steht erwiesenermaßen der Annahme eines Pendenzverhältnisses nicht entgegen. L. 19. D. de man. vind. (40. 2). L. 7. D. de manum test. (40. 4). In Wahrheit sind die Gründe genau dieselben wie bei den bedingten Legaten, und auch die Beweisgründe sind so ähnlich, daß eine kurze Aufzählung der hauptsächlichsten ohne genauere Erörterung genügen dürfte.

a. Das Eigenthum des Erben an dem statuliber ist in unzweifelhafter Weise und ohne jede Hindeutung auf Pendenz betont. Gaj. II. § 200 exemplo statuliberi, id est ejus servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse jussus est, *quem constat interea heredis servum esse.* Ebenso L. 9. pr. D. (40. 7), wo auch die Möglichkeit der noxae deditio betont wird, L. 29. pr. eodem L. 1. § 4. D. de S. C. Silan. (19. 5). L. 12. § 2. D. de fam. herc. 10. 2.

b. Die Kinder der statulibera werden Sclaven und gelangen, wenn die Bedingung, unter welcher ihre Mutter manumittirt war, eintritt, keineswegs mit zur Freiheit. L. 16. D. de statulib. (40. 7). L. 15. u. 16. D. de statu hom. (1. 5).

c. An dem Statuliber können gültige dingliche Rechte bestellt werden, welche mit dem Eintritt der condicio libertatis aufhören zu existiren, aber keineswegs als niemals vorhanden betrachtet werden „evanescit pignus." L. 13. § 1. D. de pign. (20. 1).

d. Nach eingetretener condicio libertatis haftet der statuliber nicht für die Geschäfte, die er als statuliber abgeschlossen hat, was bei Rückwirkung der Fall sein müßte. L. 1. C. an servus ex suo facto. (4. 14).

e. Wenn der Usufructuar eines Sclaven vom Eigenthümer zum Erben eingesetzt und der Sclav sub condicione freigelassen wird, so wird der Nießbrauch beim Erbschaftseintritt durch consolidatio aufgehoben und der statuliber wird bei Eintritt der Bedingung sofort frei. L. 6. D. de manum. test. (40. 4). Auch hier müßte bei Annahme von Rückwirkung das Gegentheil gelten.

2) Wirkungen pendente condicione.

§. 53.

Schon pendente condicione spricht man von Wirkungen des bedingten Legates; allein dieselben sind strenggenommen keine un-

mittelbaren Wirkungen des Legats selber; keine derselben entspringt unmittelbar aus dem Geschäft, ist mit anderen Worten eine Realisirung des Legatswillens, sondern sie alle werden nur durch Rechtsregel oder ein besonderes Rechtsgeschäft um der Möglichkeit der dereinstigen Wirksamkeit des Legates willen hervorgerufen und setzen weder die gegenwärtige Existenz einer Legatsobligation noch des legirten dinglichen Rechtes voraus.

Zwar hat man sich dafür, daß schon pendente condicione eine Legatsforderung oder irgend ein unmittelbar durch das Legat erzeugtes Rechtsverhältniß vorhanden sei, häufig auf das Cautionsrecht des Legatars berufen [1]). Allein dieser Beweis wäre nur schlüssig, wenn jedes Cautionsrecht ein zu Grunde liegendes Recht, für welches cavirt werden soll, voraussetzte, was bekanntermaßen weder logisch nothwendig, noch dem Zwecke der Cautionen entsprechend, noch im positiven Rechte anerkannt ist. Wird doch häufig genug bei ungewissen Rechten cavirt, oder bei Erbrechten noch vor der Delation, oder zu Gunsten eines erst erwarteten postumus, oder ganz selbständig wie bei der cautio damni infecti und vielen anderen.

Ebensowenig kann man in der bekannten Regel, daß die Bedingung des Legates als erfüllt gilt, wenn der bedingt Belastete dolos, der Intention des Testators zuwider, die Erfüllung der Bedingung vereitelt, einen Ausfluß eines durch das Legat erzeugten Rechtsverhältnisses erblicken. Es ließe sich allerdings sehr wohl denken, daß vor dem Eintritt der Bedingung etwa eine besondere Obligation des bedingt Belasteten, den Eintritt der Bedingung nicht zu hindern, angenommen würde, welche den Zuwiderhandelnden zum Schadensersatz verpflichtete; allein dieser Weg ist vom positiven Recht nicht eingeschlagen, sondern dasselbe hilft sich durch Annahme jener Fiction, deren Wirkung weit vollkommener ist als die Annahme einer Schadensersatzobligation. Während nämlich eine Er-

---

[1]) Am schärfsten Wendt, Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. S. 68.



satzobligation consequenter Weise doch nur den Hoffnungswerth des bedingten Legates umfassen könnte — denn nur dieser ist genommen, da es immerhin möglich ist, daß die Bedingung auch ohne das Dazwischentreten des bedingt Belasteten deficirt wäre — wird hier der Honorirte befriedigt, als wenn die Bedingung wirklich eingetreten wäre, und während die Ersatzobligation nur obligatorische Wirkung haben könnte, tritt hier die dingliche Wirkung des dinglichen Legates ebenfalls ein. Man ist also keineswegs genöthigt um der erwähnten Fiction willen eine besondere Verpflichtung oder Gebundenheit (das Nähere hierüber unten) des bedingt Belasteten pendente condicione anzunehmen. Er ist nicht verpflichtet, den Eintritt der Bedingung nicht zu verhindern, sondern ihm droht nur Unheil, wenn er den Eintritt hindert. Wir wollen seine Stellung vorläufig (Näheres unten) mit dem Unterworfensein unter eine gesetzliche Strafbestimmung vergleichen; auch da ist nicht eine besondere Verpflichtung oder Gebundenheit, ein besonderes Verpflichtungsverhältniß des Inhaltes, das Delict nicht zu begehen, vorhanden, sondern man steht nur unter der allgemeinen verbietenden Norm und wird, wenn man derselben zuwider handelt, von der für diesen Fall angedrohten Strafe getroffen.

Mit etwas mehr Schein der Berechtigung ist häufig darauf hingewiesen, daß das pendente condicione für das bedingte Legat bestellte Pfandrecht vom Moment der Bestellung ab datire; L. 9. § 2. D. qui pot. (20. 4); L. 28. D. de pignor. (20. 1); allein es ist schon an früherer Stelle dargethan, daß die Pfandbestellung für zukünftige Schulden, wenn die Partheien (wie hier zweiffellos) sofortige Gebundenheit beabsichtigen, die sofortige Existenz eines pendenten Pfandrechtes zur Folge hat. Aus der sofortigen Existenz des pendenten Pfandrechts läßt sich also durchaus nicht auf das Vorhandensein der Forderung schließen.

Genau dasselbe gilt mutatis mutandis von der Obligation des Bürgen für das bedingte Legat.

Auch eine Novation und folgeweise Delegation von zukünftigen Schulden ist möglich, deren aufhebende Wirkung freilich erst im Moment der Entstehung der Schuld eintreten kann L. 8. § 2. D. de novat. (46. 2). Wir dürfen daraus auch auf die Möglichkeit der Novation und Delegation bedingter Legatsschulden mit gleicher Wirkung schließen, obgleich die L. 41. D. de cond. (35. 1) das Gegentheil zu besagen scheint. Die Lösung dieses Widerspruches ist später bei Besprechung der bedingten Novation zu versuchen. Hier genügt es, daß aus der Novationsmöglichkeit, eben weil sie bei zweifellos zukünftigen Schulden gleichfalls vorhanden ist, nicht darauf geschlossen werden kann, daß pendente condicione schon irgend welche Wirkung des Legates eintrete.

Nur eine einzige Wirkung des bedingten Legates scheint geeignet, ernstliche Zweifel gegen die Richtigkeit des oben Gesagten zu erwecken. Wenn der bedingt Belastete pendente condicione verstorben ist, und nun die Bedingung eintritt, so wird sein Erbe verpflichtet, und wenn der bedingt Belastete die sub condicione legirte (dem Testator gehörige) Sache während schwebender Bedingung veräußert hat, so kommt die Sache bei Eintritt der Bedingung doch ipso jure in das Eigenthum des Legatars. Man faßt dies gewöhnlich so auf, als werde die passive Seite eines inzwischen bestehenden Rechtsverhältnisses vererbt, bezw. als an der Sache haftend mit dieser auf den Successor übertragen, und zwar würde das Verhältniß im ersteren Fall obligatorischer, im zweiten dinglicher Natur sein müssen. Allein die Versuche dieses Verhältniß näher zu construiren sind meines Erachtens noch nicht geglückt.

Wollte man es mit Jhering als die passive Wirkung eines Rechtes auffassen, so steht dem entgegen, daß man bevor das Recht selbst existirt, noch keine Wirkung desselben denken kann. Die passive Seite ohne die active oder vor der activen Seite wäre ein

Belastetsein ohne Last, eine Kraftäußerung ohne Kraft, eine Wirkung ohne Ursache.

Wollte man es, um dieser Klippe zu entgehen, mit Wendt als eine bereits entstandene Obligation, bezw. ein schon entstandenes dingliches Recht bezeichnen (nur anderen Inhalts als nach eingetretener Bedingung), so stände ein doppeltes Hinderniß entgegen. Einerseits ist es nämlich schlechterdings nicht möglich (Wendt hat es nicht einmal versucht), den Inhalt der Leistung anzugeben, auf welche der bedingte Legatar schon pendente condicione ein Recht haben soll (oder, mit Hartmann, das Interesse anzugeben, zu dessen Befriedigung der Belastete dem Legatar schon pendente condicione verpflichtet sein soll); andererseits aber stehen wir vor der eigenthümlichen Erscheinung, daß diese angebliche Obligation oder dieses angebliche dingliche Recht fast in jeder Beziehung (Vererblichkeit, Erwerb für den Gewalthaber, Acceptilation, Klagenconsumtion, actio Pauliana, Litiscontestation u. s. w.) gerade die entgegengesetzte Behandlung wie Obligationen oder dingliche Rechte erleidet.

Will man das Verhältniß als Hoffnung oder Aussicht bezeichnen, so ist damit zunächst noch keine juristische Construction, sondern nur ein Name gegeben, und ein Gleiches gilt, wenn man es als in der Entwicklung begriffenes Recht oder (bildlich) als einen Keim, aus dem ein Recht hervorgehen kann, einen embryonenartigen Zustand, bezeichnet; denn damit ist nur gesagt, daß ein Etwas, ein Keim, aus dem später unter gewissen Bedingungen ein Recht werden kann, existire; was aber dieses Etwas, dieser Keim sei, ist noch ganz ungewiß gelassen; m. a. W. die Frage nach der Construction des Verhältnisses pendente condicione legati ist nicht gelöst, sondern beginnt nun erst.

Köppen hat es versucht die Natur dieses Rechtsentwickelungskeimes anzugeben. Nach ihm erwirbt der Legatar beim Forderungslegat „schon beim Tode des Erblassers ein Recht gegen die Erbschaft und nach dem Antritt gegen den Erben, aus welchem durch

den Eintritt der Bedingung die spes debitum iri des unbedingten Legatars, durch die hereditatis aditio die deferirte Vermächtniß=forderung, und durch die Agnition die Vermächtnißforderung selbst entstehen muß."

Sieht man aber genauer zu, so ist auch hier nur gesagt, wozu jenes angebliche Recht sich in Zukunft unter Umständen entwickelt, nicht aber was es gegenwärtig ist. Außerdem fehlt eine befriedigende Erklärung, weshalb denn dieses pendente condicione angeblich schon erworbene Recht nicht für den Gewalthaber erworben wird, nicht durch L. C. consumirt wird u. s. w.

Die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit, auf dem versuchten Wege zu einem befriedigenden Resultate zu gelangen, macht es erklärlich, daß man sich meistens begnügt hat, einfach von einer Gebunden=heit des durch die betreffende Verfügung Belasteten zu sprechen. Zunächst bedarf diese Ansicht einer Ergänzung, indem man beim dinglich wirkenden Legat auch eine Gebundenheit der legirten Sache annehmen müßte; denn eine nur persönliche Gebundenheit des Be=lasteten kann nie erklären, wie die Sache bei Eintritt der Bedingung aus dem Vermögen des Singularsuccessors, also eines Dritten, ipso jure in das Eigenthum des Legatars fallen kann. Allein auch mit dieser Vervollständigung ist noch keineswegs eine genügende Klarheit gegeben. Wenn wir von einem Gebundensein oder besser Unterworfensein der Person oder Sache reden wollen, so müssen wir auch die Macht oder Kraft nennen können, der die Person oder Sache unterworfen ist. Ein Unterworfensein setzt nicht nur eine Macht voraus, welche die Unterwerfung bewirkt hat. (Diese ist hier unschwer in dem Willen des Testators zu erkennen), sondern auch eine Macht, der man unterworfen ist, und es fragt sich: „Welches ist der Wille oder die Macht oder Kraft, der der Belastete oder die legirte Sache unterworfen ist?"

Wollten wir ohne diese Frage zu beantworten von einer Gebundenheit oder einem Unterworfensein reden, so würden wir eben auch nur von einer passiven Seite des Verhältnisses sprechen, ohne zu prüfen, ob und eventuell worin denn die active Seite, die ja doch bei der Annahme eines pati stillschweigend mitgedacht wird, eigentlich bestehe.

Betrachten wir zunächst die verschiedenen Arten rechtlicher Gebundenheit oder Unterworfenheit nach dieser Richtung. Alles rechtliche Unterworfensein ist in letzter Linie ein Unterworfensein unter die Rechtsordnung; allein es sind dennoch sehr wesentliche Differenzen bemerkbar.

Meistens wird eine Person oder Sache durch die Rechtsordnung der Macht einer Person unterworfen, oder gebunden; dann ist die active Seite der Gebundenheit eine Macht oder Willensherrschaft, ein Recht im subjectiven Sinne. Zwischen dem Subject und dem Object wird ein bestimmtes Rechtsverhältniß angenommen, das sich auf der einen Seite als Berechtigung, auf der andern als Gebundenheit oder Unterworfenheit characterisirt. Nicht selten aber fehlt ein solches Medium der Berechtigung. Die Gebundenheit besteht dann lediglich in dem Unterworfensein unter die Rechtsordnung. Die active Seite der Gebundenheit ist direct die Rechtsordnung, das Gebot des allgemeinen Willens [1]).

Ein Beispiel gewähren die res extra commercium. Die Gebundenheit der res publicae, d. h. ihre Bestimmung für den öffentlichen Gebrauch, ist nichts weiter als das Unterworfensein unter eine Rechtsregel dieses Inhalts. Eine Unterworfenheit unter eine andere rechtliche Macht als die des Gesetzes wird dadurch nicht bewirkt. Zwar darf Jeder die res publicae in der bestimmungsgemäßen

---

1) Vergl. meine Schrift: Carl Fr. v. Savigny und die Richtung der heutigen Wissenschaft. S. 37 ff.

Weise gebrauchen; aber diese Befugniß wird nicht als eine besondere rechtliche Macht der Person aufgefaßt. Die Rechtsregel schafft nicht Rechte, deren Inhalt es wäre gebrauchen zu dürfen, sondern die Regel erlaubt unmittelbar den Gebrauch [1]). Deshalb werden auch bei Störungen des öffentlichen Gebrauchs nicht Klagen aus verletztem Gebrauchsrechte, sondern obligatorische Straf- oder Schadensersatzklagen gegeben.

Wenden wir das Gesagte an auf Rechtsregeln, welche eine Gebundenheit der Sache oder Person verordnen des Inhalts, daß in Zukunft eine Verpflichtung der Person, eine dingliche Belastung der Sache entstehen soll, so ist gleichfalls ein Doppeltes möglich. Entweder dieser Gebundenheit entspricht schon jetzt ein Recht, d. h. also ein Recht auf den zukünftigen Erwerb einer Forderung oder eines dinglichen Rechtes; oder die Gebundenheit besteht lediglich darin, daß das Gesetz für die Zukunft die Entstehung der Forderung oder dinglichen Belastung verordnet und die Person oder Sache diesem Gesetz unterworfen ist. Im ersten Fall ist die sog. Gebundenheit Unterworfensein unter eine Erwerbsberechtigung, im zweiten Fall Unterworfensein unter eine den zukünftigen Erwerb bestimmende Regel.

Nach dieser Vorausschickung ist es nicht schwer, die Natur der Gebundenheit pendente condicione legati festzustellen. Der Annahme eines Erwerbsrechtes auf Seiten des Legatars steht, wie wir gesehen haben, geradezu Alles entgegen. Es bleibt die andere Seite der Alternative: die sog. Gebundenheit des Onerirten oder der Sache ist nichts weiter als das Stehen unter einer festen (wenn gleich noch bedingten) Erwerbsregel, was sogleich im Zusammenhange mit den begleitenden Rechtserscheinungen und früheren Erörterungen genauer auszuführen ist.

1) Selbstverständlich ist, daß auch die Einschlagung des entgegengesetzten Weges denkbar wäre.

Wie oben (§ 31) gezeigt, ist beim Testament eine temporäre Trennung von Geschäft und Wirkung angenommen: der Wille des Testators wirkt nicht nur in dem Moment, wo er wirklich vorhanden ist, sondern er wird vom Recht als den Testator selbst überdauernd und nach seinem Tode fortwirkend anerkannt; d. h. mit anderen Worten: „Der testamentarisch erklärte Wille schafft bleibende Regeln für die seiner Verfügung unterstehenden Rechtsverhältnisse.“ Der Inhalt des Testamentes ist gleichsam ein Specialgesetz.

Die höchst wahrscheinliche Entstehung des Testamentes aus Gesetzen erklärt und bestätigt diese Erscheinung. Das älteste Testament ist das auf Wunsch des Testators von den Comitien beschlossene Specialgesetz über den Nachlaß desselben und die auf dieser Grundlage einmal angenommenen Wirkungen blieben dieselben, auch als die Zuziehung der Comitien zur Form geworden war und schließlich ganz wegfiel.

Dieses Specialgesetz kommt (wenn auch zunächst als noch revocabeles) sofort mit der Testamentserrichtung zur Entstehung, es setzt zu seinem Inkrafttreten weder eine gegenwärtige noch eine sichere zukünftige Wirksamkeit voraus und hebt daher trotz Unsicherheit seiner eigenen Wirksamkeit ein älteres Testament (Specialgesetz über die gleiche Frage) auf. Nur wenn von vornherein sicher ist, daß es niemals Wirkung haben könne, erscheint es sofort als nichtig und entbehrt dann auch der aufhebenden Kraft [1]). Vorläufig ist dieses Specialgesetz noch revocabel. Nach dem Tode des Testators wird es ein irrevocabler, durch nichts abänderlicher, die unterworfenen Personen oder Sachen beherrschender Kreis von Regeln, welche unter gewissen Voraussetzungen und Bedingungen die bestimmten Rechtswirkungen hervorrufen.

Die für das bedingte dingliche Legat in Betracht kommende

[1]) L. 16. D. de injusto, rupto irrito facto test. (28. 3).

Regel lautet genau dem Willen des Testators entsprechend dahin, daß die Sache bei Eintritt der Bedingung in das Eigenthum des Legatars kommen solle. Die Proculianer glaubten daher wegen des Unterworfenseins der Sache unter diese Regel mittlerweile kein Eigenthum anderer Personen an der Sache annehmen zu können; sie hielten es für nicht consequent, daß eine bereits dem Erben gehörige Sache ihm nachträglich wieder genommen werden könne, und erklärten die Sache daher für res nullius [1]). Die Sabinianer aber erkannten, daß die feststehende Regel, daß der Legatar bei Eintritt der Bedingung Eigenthümer werde, von den rechtlichen Schicksalen der Sache in der Zwischenzeit nicht afficirt werde und darum auch keinen Anlaß biete, die Sache in der Zwischenzeit ihrem regelmäßigen rechtlichen Schicksal zu entziehen. Sie betrachteten daher die Sache pendente condicione als Eigenthum des Erben und ließen Veräußerungen und Belastungen derselben zu, durch welche natürlich die Unterworfenheit der Sache unter die Legatsregel und der letzteren Wirksamkeit bei Eintritt der Bedingung in keiner Weise alterirt wurde.

Für das bedingte obligatorische Legat lautet die Regel dahin, daß der Erbe oder Erbeserbe bei Eintritt der Bedingung verpflichtet werde, dem Legatar zu leisten. Daß nicht nur der Erbe, sondern, wenn er schon wieder verstorben, auch der Erbeserbe verflichtet soll, ist lediglich eine Folge des unzweifelhaften Willens des Testators, ist übrigens auch mit dem Wortlaut des Damnationslegates (heres meus damnas esto) sehr wohl vereinbar, da der Ausdruck heres überhaupt fast immer den Erbeserben stillschweigend mitbezeichnet.

L. 65. D. de V. S. Ulp. l. 72 ad Edictum. Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulte-

---

[1]) M. E. sehr mit Unrecht identificirt Karlowa dieses Verhältniß mit dem dominium pendens (Rechtsgeschäft. S. 85 u. 86),

riores refertur; nam *et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.*

L. 170. eod. Ulpianus L. 33 ad. Sabinum. *Heredis appellatione omnes significari successores* credendum est, etsi verbis non sint expressi.

L. 2. § 1. D. de lib. leg. (34. 3). Pomp. l. 6 ad. Sab. Idem Celsus aït nullam dubitationem habere, quin herede petere a debitore petito, *nec heres heredis* petere possit.

L. 14. C. de hered. inst. (6. 24) . . . antiqua regula, quae voluit, *heredem heredis testatoris esse heredem.*

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß diese „antiqua regula" eben geschaffen war, um die zweifellose Absicht des Testators, daß der Erbe des onerirten Erben ebenfalls eventuell onerirt sei, zu realisiren, ohne mit der formalistischen Wortinterpretation der Zeit in Widerspruch zu treten. Als später auch andere Personen als der Erbe (durch Fideicommiß) onerirt werden konnten, bedurfte die Haftung der Erben des Onerirten einer solchen Rechtfertigung durch Wortinterpretation nicht mehr: denn die letztere war inzwischen durch das gerade bei Fideicommissen in allerfreiester Weise herrschende Princip der Willensinterpretation verdrängt.

Fassen wir das Gesagte zusammen: Das bedingte Legat erzeugt vor dem Eintritt der Bedingung keine gewollte Rechtswirkung. Es besteht nur eine auf dem Willen des Testators beruhende, durch die Rechtsordnung auch nach seinem Tode aufrechterhaltene Rechtsregel des Inhaltes, daß bei Eintritt der Bedingung (unter bekannten weiteren Voraussetzungen) eine gewisse obligatorische oder dingliche Wirkung eintreten soll. Daß die obligatorische Wirkung auch den Erben des Onerirten trifft, beruht lediglich darauf, daß er eventuell selber onerirt ist [1]).

---

[1]) In weiterem Rahmen ist das hier Entwickelte schon S. 163 — 168 dargestellt.

Unsere Construction der Wirkungen pendente condicione legati gilt in ganz gleicher Weise von der bedingten manumissio testamento. Die Stellung des Statuliber ist nicht als Gebundenheit, oder entstehende Freiheit, oder Freiheitskeim u. dergl. zu charakterisiren, sondern es genügt zu sagen: Es besteht eine feste dauernde Regel oder Bestimmung, nach welcher dieser Sclav bei Eintritt der Bedingung frei wird. Er hat noch nichts, keine Freiheit, keinen Freiheitskeim; aber die Freiheit ist ihm bestimmt:

Statuliber est, qui *statutam* et *destinatam* . . . . *libertatem* habet L. 1. pr. D. de statul. (40. 7).

Nur eine Differenz von bedingten Legaten findet sich hier, welche aber geeignet ist unsere Auffassung zu bestärken. Wenn ein Sclav unter einer Bedingung legirt ist, so kann er pendente condicione nicht manumittirt werden L. 11. D. de manum. (40. 1). L. 29. § 1. D. qui et a quibus manumissi (40. 9); vergl. auch L. 3. D. eod. L. 14. D. de opt. leg. (33. 5).

Man könnte versucht sein, dies auf eine besondere Gebundenheit zurückzuführen, also es für eine logische Consequenz der gesammten Behandlung des bedingten Legates pendente condicione zu erklären.

In der That aber leuchtet ein, daß rein logisch betrachtet, der Freilassung pendente condicione ebenso wenig als der Veräußerung etwas entgegensteht. Rein logisch betrachtet kann der legirte Sclva ebensowohl aus der Freiheit als aus dem Eigenthum eines Dritten in das Eigenthum des Legatars fallen. Der große für die sittliche Auffassung bestehende Unterschied allein ist es, der den Ausschluß der Manumission pendente condicione legati herbeigeführt hat, und daraus erklärt sich der Wegfall dieser Regel bei der bedingten manumissio testamento. Der Statuliber kann vom Erben wie veräußert auch manumittirt werden, wird aber bei Eintritt der Bedingung gleichwohl libertus orcinus. L. 2. pr. L. 34. pr. D. de statut. (40. 7). Es widerstreitet unserem sittlichen Bewußtsein, daß

Freie existiren sollten, denen eventuell die Sclaverei verordnet ist, aber nicht, daß liberti heredis bestehen, denen es bestimmt ist eventuell liberti orcini zu werden.

Eine ganz analoge Erscheinung bietet sich dar in der bekannten Regel, daß ein sub condicione legirtes Grundstück vom Erben pendente condicione nicht zum locus religiosus gemacht werden kann. Es widerstreitet dem religiösen Bewußtsein, daß eine den dii manibus geweihte Sache durch den Eintritt der Bedingung wieder den Göttern genommen werde. Deshalb kann die Religiosität, so lange das Grundstück der Legatsbestimmung unterworfen ist, nicht eintreten. L. 34. D. de relig. (11. 7); vergl. L. 105. D. de cond. (35. 1).

Nichts also zwingt uns eine besondere Gebundenheit oder Vorwirkung, als dingliches Rechtsverhältniß gedacht, anzunehmen. Auch den Quellen sind solche Anschauungen fremd, sie beschränken sich darauf zu sagen, daß die bedingt legirte Sache oder der statuliber cum sua causa oder condicione veräußert, usucapirt, adjudicirt werden, d. h. daß sie nach wie vor unter der sie eventuell in das Eigenthum eines Anderen bringenden bezw. frei machenden Legats- oder Manumissionsbestimmung stehen L. 12. § 2. D. fam. herc. (12. 2). L. 2. pr. L. 9. § 1 u. 2. L. 36. D. de stal. (40. 7). L. 45. § 2. D. de fideicomm. lib. (40. 5). Ulp. II. 3, oder daß dem statuliber der casus libertatis implicitus sei. L. 6. D. si ex noxali causa (2. 9).

IV. Der Anfangstermin bei Vermächtnissen und die Lehre vom sog. dies legati cedens und veniens.

1) Der Zeitpunkt des Anfalls.

§. 54.

Die Lehre vom dies bei Vermächtnissen ist so mit der Lehre vom sog. dies legati cedens und veniens verschmolzen, daß nicht

nur eine fortwährende Rücksichtnahme auf dieselbe nöthig ist, sondern daß es sich geradezu empfiehlt, diese gesammte Lehre kurz zu besprechen und nur innerhalb derselben, wenn auch mit größerer Ausführlichkeit als die übrigeu Theile, das befristete Legat zu behandeln.

Schon früher haben wir die bekannte Erscheinung, daß der Anfall [1]) des Legates und dessen Vererblichkeit bei bedingten Legaten nicht vor eintretender Bedingung stattfinde, erklärt theils durch Wegfall der Simultanität bei Testamenten, theils durch Bezugnahme auf den vermuthlichen Willen des Testators. Dieser Gedanke, verbunden mit dem Bestreben des römischen Rechts, das Legat möglichst aufrecht zu erhalten, dient zur Erklärung der gesammten Lehre vom dies cedens und findet zugleich erst in diesem Zusammenhange seine volle Bestätigung. Es leuchtet zunächst sofort ein, daß der erste der obengenannten Gründe über die bedingten Legate weit hinaus führt. Der Wegfall der Simultanität gestattet, die erste Wirkung des Legatswillens (das ist eben den Anfall) hinausgeschoben zu denken, so oft nur überhaupt dem Legate irgend ein Aufschub gesetzt ist. Da es nun ohne Zweifel als das einfachste und natürlichste erscheint, so lange, als der Realisirung des Legatswillens noch irgend ein Hinderniß entgegensteht, überhaupt noch gar keine Wirkung desselben anzunehmen, so bedarf nicht das Hinausgeschobensein des Anfalles durch Bedingung ꝛc. sondern das Nichthinausgeschobensein des Anfalles trotz noch nicht stattgefundenen Erbschaftsantrittes, trotz noch nicht eingetretenem dies certus etc. einer Erklärung [2]).

---

[1]) Dieser Ausdruck wird für dies cedens gebraucht werden.

[2]) Die meisten Schriftsteller, welche die Lehre vom Anfall des Legates im Zusammenhang behandeln, haben dies, wenn auch ohne Erkenntniß des Grundes, ganz richtig durchgefühlt. Statt Aller vergl. Arndt's in Glück's Pandekten. Bd. 48. S. 214 ff. Nur bei der Besprechung der Bedingungslehre wird der Standpunkt leicht verschoben. Wer die Vererblichkeit des bedingten obligatorischen Vertrages vor Augen hat, betrachtet leicht die Unvererblichkeit des bedingten Legates als besonders zu erklärende auffallende Erscheinung.



1) Daß der dies cedens, d. h. also besonders die Vererblichkeit, regelmäßig durch den noch ausstehenden Erbschaftsantritt nicht hinausgeschoben wird, hat seinen inneren Grund darin, daß sonst dem vermuthlichen Willen des Testators zuwider die Verzögerung des Erbschaftsantrittes leicht den Wegfall des ganzen Legates zur Folge haben könnte. Könnte doch der Erbe oft sogar absichtlich den Tod des vielleicht kranken Legatars abwarten, und so das Legat vereiteln [1]). Ganz ähnlich ist der Grund bei den übrigen condiciones juris. Da von ihnen das Legat ohne den Willen des Testators abhängig geworden ist, so entspricht es ganz seiner in der unbedingten Anordnung des Legates sich am klarsten aussprechenden Intention, wenn man das Legat so früh und so voll wirken läßt, als es die condicio juris nur irgend gestattet, d. h. mit anderen Worten, wenn man die Vererblichkeit des Legates für den Fall des späteren Eintritts der condicio juris schon seit dem Tode des Testators annimmt. Selbst wenn der Testator die condicio juris noch besonders hervorgehoben hat, also z. B. den Antritt von Seiten des eingesetzten Erben, oder den Eintritt der Bedingung der Erbeseinsetzung, oder den Tod des Pupillen intra pubertatem bei dem Pupillarsubstituten auferlegten Legaten scheinbar als Bedingung gesetzt hat, bleibt dies richtig; denn nichts rechtfertigt die Meinung, er habe dadurch eine andere und weiter reichende Abhängigkeit als die schon vorhandene schaffen wollen. L. 3. D. de leg. I. (30). L. 107. D. de cond. (35. 1). L. 7. § 5. L. 21. § 1. L. 22. § 1. D. quando dies (36. 2).

2) Hat der Testator das Vermächtniß unter dies oder condicio angeordnet, so ist im allgemeinen kein Grund zu einer Antedatirung der Vererblichkeit (des Anfalles) vorhanden. Es ist nicht abzusehen, weshalb irgend eine Wirkung des Legates vor dem Zeitpunkt eintreten sollte, für welchen der Testator selbst die gesammte

---

[1]) Vergl. Arndt's a. a. O. Dernburg, Pand. III. § 107 u. A.

Wirksamkeit des Legates angeordnet hat. Eine Ausnahme erleidet dies nur, wenn ersichtlich ist, daß der Testator durch die Anordnung des dies (oder der Bedingung) lediglich die Auszahlung des Legates vertagen, die Honorirung des Legatars aber in keiner Weise in Frage stellen wollte.

Daß nun der dies im Wesentlichen nur die Bedeutung eines Zahlungstermines habe, ist anzunehmen:

a. regelmäßig beim dies certus an, certus quando. Wer etwas auf einen bestimmten Kalendertag vermacht, zeigt deutlich genug, daß er es auf jeden Fall, möge der Honorirte dann noch leben oder nicht, vermachen wollte. Gesichertes Recht bei verschobener Realisirung, das ist es, was dem dies certus an certus quando entspricht. Der Anfall des Legates ist also hier nicht hinausgeschoben.

Ulpiani fr. XXIV. 31. L. 5. pr. § 1. L. 21. D. h. t. (36. 2). L. 1. § 1. C. de cad. toll. (6. 51); vergl. L. 5. C. quando dies (6. 53). L. 9. § 2. D. usufr. quemadmodum (7. 9). L. 49. § 1 — 3. D. de leg. I. (30).

b. Ganz anders liegt die Sache beim dies certus an, incertus quando, also z. B. bei einem auf den Todestag des Erben hinterlassenen Legate. Hier ohne weiteres nur einen Zahlungstag anzunehmen, sind wir nicht berechtigt; denn es ist keineswegs ausgeschlossen (sondern im Gegentheil sogar wahrscheinlich), daß der Testator sich den Legatar als beim Tode des Erben noch lebend vorstellte, so daß das legirte Recht vom Todten auf den Lebenden übergehen solle. Daher heißt es in den Quellen:

L. 75. D. de cond. (35. 1). Pap. L. 34. quaest. Dies incertus condicionem in testamento facit.

L. 4. pr. D. quando dies (36. 2). Ulp. L. 19 ad Sab. Si cum heres morietur, legetur, condicionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert.

Nur wenn es sicher ist, daß der Legatar den dies erleben wird,

nimmt der dies nach der Absicht des Testators die Natur eines Zahlungstermines an.

L. 79. pr. D. de cond. (35. 1). Pap. l. 1 definitionum. 'Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato'. purum legatum est, quia non condicione sed mora suspenditur: non potest enim condicio non existere. Ebenso L. 4. D. quando dies (36. 2).

c. Beim dies incertus an certus quando widerspricht die Ungewißheit der Existenz des dies der Annahme eines bloßen Zahlungstermines geradezu. L. 21. pr. L. 22. pr. D. quando dies legati (36. 2). L. 49. § 1 — 3. D. de leg. I. Nur ganz ausnahmsweise hat man hier aus besonderen Gründen unter Correctur des ungenauen Ausdruckes des Testators einen bloßen Zahlungstermin anzunehmen, nämlich

erstens, wenn ersichtlich ist, daß der dies wesentlich eine Begünstigung des Legatars, z. B. die Sicherheit des vermachten Gegenstandes bis er ein zu eigener Verwaltung geeignetes Alter erreicht habe, bezweckte;

L. 48 (46) D. ad S. C. Treb. (36. 1). Sejus Saturninus .... testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum ......, a quo petit, ut filio suo Sejo Oceano, *cum ad annos sedecim pervenisset,* hereditatem restitueret. Sejus Oceanus, antequam impleret annos, defunctus est ...... respondi ...... dies fideicommissi *vivo Oceano cessit, scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse,* quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur [1]).

[1]) Die Differenz dieser Entscheidung mit den oben citirten Stellen, welche das wörtlich fast völlig gleichlautende Beispiel, 'quum ad quartum decimum annum pervenisset', behandeln, ist begründet theils in dem Umstande, daß hier der Honorirte der Sohn des Testators ist, theils darin, daß wir es hier mit einem

zweitens, wenn aus anderen Umständen, z. B. aus verfügter sofortiger Anlage der legirten Summe zu Gunsten des Legatars, oder gar aus ihm mittlerweile gewährten Zinsen, oder aus dem gewählten Ausdruck ersichtlich ist, daß der Testator das Legat trotz des dies incertus an als völlig sicheres errichten und nur den Zahlungstermin verschieben wollte.

L. 26. § 1. D. quando dies leg. cedat (36. 2). Pap. l. IX. respons. Cum ab heredibus alumno centum dari voluisset testator, eamque pecuniam ad alium transferri, ut in annum vicensimum quintum trientes usuras ejus summae perciperet alumnus, ac post eam aetatem sortem ipsam, intra vicensimum quintum annum eo defuncto transmissum ad heredem pueri fideicommissum respondi: nam certam aetatem sorti solvendae (Zahlungstermin) praestitutam videri, non pure fideicommisso relicto condicionem insertam.

L. 5. C. quando dies legati (6. 53). Imp. Alexander A. Maximo. Ex his verbis: do lego Aeliae Severinae . . . . decem, quae legata accipere debebit, quum ad legitimum statum pervenerit, non condicio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur.

In der letzteren Stelle ist namentlich auf den Ausdruck zu sehen. Es war nicht gesagt, die Severina solle 10 haben, wenn sie volljährig werde; sondern sie solle 10 haben, dieselben sollten ihr aber ausgezahlt werden zur Zeit der Volljährigkeit. Also feste unbedingte Anordnung mit Zahlungstermin auf die Volljährigkeit.

d. Daß ein dies incertus an incertus quando lediglich als Zahlungstermin gedacht sei, scheint nur, wenn der Testator sich im

Universalfideicommiß zu thun haben. Der Jurist nimmt an, des Vaters Hauptabsicht sei gewesen, dem Sohne die Last und Gefahr der Verwaltung des Vermögens in jugendlichem Alter zu ersparen.

Ausdruck völlig vergriffen hat, denkbar. In den Quellen findet sich dafür kein Beispiel.

3) Wirkliche oder scheinbare Ausnahmen von den bisher entwickelten Regeln treten ein:

a. bei dem Legat unvererblicher Rechte, da dasselbe dem Vermächtnißnehmer nur für die Zeit seines Lebens, also auch nur für den Fall, daß er bei voller Wirksamkeit des Legates noch lebt, zugedacht ist. Deshalb tritt hier der Anfall erst ein beim Erbschaftsantritt oder respektive beim Eintritt des gesetzten dies, sei er auch ein dies certus.

L. 2. L. 3. L. 5. § 1 u. 7. L. 9. L. 16. § 2. D. quando dies legati (36. 2). L. 1. § 3. 4. D. quando dies ususfructus leg. (7. 3).

b. Beim annuum legatum. Das innerlich unterscheidende des Rentenlegates und des Legates einer Summe mit verschiedenen Zahlungsterminen liegt m. E. darin, daß das Rentenlegat nach der Absicht des Testators zum Unterhalt des Honorirten bestimmt ist. Hieraus folgt ein Dreifaches: einmal, daß die einzelne Rente eben wegen ihrer Bestimmung zum Unterhalt im Zweifel im Anfange jedes Jahres gezahlt werden muß, L. 12. § 1. D. quando dies (36. 2), zweitens daß das Rentenlegat im Zweifel auf die Lebenszeit des Honorirten hinterlassen gilt. L. 8. D. de annuis legatis (33. 1), drittens daß jede einzelne Rentenforderung, obgleich sie anscheinend sub die certo hinterlassen ist, nur dann erworben wird, wenn der Honorirte ihre Fälligkeit erlebt. Mit anderen Worten nur die erste sofort beim Tode des Testators fällige Rentenleistung ist unbedingt, die anderen sind unter der stillschweigend erklärten Bedingung, si legatarius vivet, hinterlassen. (Deshalb wird eine Mehrheit von Legaten angenommen).

L. 4. D. de annuis legatis (33. 1). Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium con-

dicionale: videri enim hanc inesse condicionem 'si vivat' et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

L. 10 — L. 12. § 3. D. quando dies (36. 2).

c. Das alternative Legat. Hier kann wegen der Einheit des Legates der Anfall nicht eher stattfinden, als bis entweder der Anfall für alle legirten Gegenstände möglich ist, oder es sich herausgestellt hat, daß das Legat für die noch übrigen Gegenstände unwirksam bleibt. L. 25. pr. D. h. t. (36. 2). L. 14. pr. § 1. L. 16. pr. eodem. L. 21. D. de usu et usufructu legato (33. 2) [1]).

d. Beim legatum optionis seu electionis galt jeder der verschiedenen Gegenstände als legirt unter der Bedingung, wenn der Legatar ihn wählen werde. Deshalb konnte auch nach den Regeln über bedingte Legate von einem Anfall nicht vor erfolgter Wahl die Rede sein.

§ 23. J. de legatis (2. 20). Optionis legatum . . . . . habebat in se condicionem, ed ideo nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat [2]); vergl. L. 3. D. qui et a quibus manumissi (40. 9).

Von Justinian ist bekanntlich das legatum optionis bezüglich der Vererblichkeit, also auch des Anfalles, anderen Legaten gleichgestellt. § 23. J. cit. L. 3. pr. C. comm. de legat. (6. 43).

e. Bei dem einem letztwillig freigelassenen Sclaven ausgesetzten Legate konnte der Anfall nicht mit dem Tode des Testators ein-

---

[1]) Der in letzterer Stelle angegebene Grund, „ne potestas heredi, utrum velit, dandi auferatur" ist nicht der einzige, wie die L. 14 und L. 25 cit., in denen der Legatar die Wahl hat, zeigen.

[2]) Cujacius Observ. VII. 26. Arndt's in Glück's Pand. Bd. 48. S. 214. Anm. 40 u. Andere nehmen wegen L. 16, D. de opt. leg (33. 5), welche die Wahl ante aditam hereditatem für ungültig erklärt (offenbar weil die Wahl dem Erben gegenüber geschehen muß), an, daß der dies legati optionis schon adita hereditate cedire. Dabei wird übersehen, daß der Uebergang des Legates auf die Erben und die Möglichkeit der Wahl zwei ganz verschiedene Dinge sind, und daß man sich in directem Widerspruch mit den oben citirten Stellen befindet.



treten, weil sonst das Legat der Erbschaft, zu der der manumittirte Sclav ja bis zum Antritt des Testamentserben noch gehört, und also mittelbar den eingesetzten Erben erworben sein würde. Dies hätte aber nicht nur offenkundig dem vermuthlichen Willen des Testators widersprochen, sondern auch in der großen Mehrzahl der Fälle wegen Zusammenfallen des Honorirten und Onerirten zu völliger Nichtigkeit des Legates geführt [1]). Es wurde deshalb angenommen, daß der dies des Legates erst beim Erbschaftsantritt cedire. L. 7. § 6. L. 8. h. t. (36. 2). L. 91. § 1. D. de legat. I. L. 86. § 1. D. de cond. (35. 1).

f. Dieselbe Erscheinung wiederholt sich in genau gleicher Weise bei dem einem legirten Sclaven ausgesetzten Legate. L. 7. § 6. L. 17. pr. quando dies (36. 2). L. 69. pr. D. de leg. I. (30). L. 13. pr. D. de opt. leg. (33. 5).

g. Ist einem Sclaven, dessen Herr mittlerweile gestorben ist, von einem Andern ein Nießbrauch legirt, und tritt nun der Erbe dieses Andern die Erbschaft an, während die Erschaft, zu welcher der Sclav gehört, noch ruht, so kann nach L. 61. § 1. D. de aquir. rer. dom. (41. 1) der Nießbrauch der hereditas jacens nicht erworben werden. Deshalb wird der Erwerb und folgeweise der Anfall (s. oben unter 3a.) so lange hinausgeschoben, bis die Erbschaft des Herrn des Sclaven angetreten ist. Der legirte Nießbrauch fällt dann dem antretenden Erben, oder, wenn der Sclav legirt war, dem Legatar zu. L. 16. § 1 u. 2. D. quando dies leg. (36. 2) [2]).

---

[1]) Nur eine theilweise würde die Nichtigkeit gewesen sein, wenn das Legat nur einem von mehreren eingesetzten Erben auferlegt war.

[2]) In § 2 ist nothwendiger Weise statt ad hereditatem „ad heredem" zu lesen. Mommsen liest in gleichem Sinne „ad heredem adita hereditate."

2) Bedeutung des Anfalles. Construction seiner Wirkungen.

§. 55. a) Der Anfall des Legates bewirkt einen Rechtserwerb.

Das Wesen des Anfalles ist höchst bestritten und zweifelhaft; sicher aber sind die meisten der äußeren practischen Consequenzen. Aus diesen werden Schlüsse gezogen werden.

1) Die Wirksamkeit des Legates erfordert, daß der Legatar im Moment des Anfalles lebe und fähig sei, mit dem Vermächtniß bedacht zu werden. § 8. J. de leg. (2. 20). L. un § 7. C. de cad. toll. (6. 51). L. 59. § 4. D. ad S. C. Treb. (36. 1).

Besonders der letztere Punkt läßt mit Wahrscheinlichkeit darauf schließen, daß in diesem Moment etwas erworben werde; denn wozu sollte man die passive Vermächtnißfähigkeit fordern in einem Moment, in dem weder das Vermächtniß errichtet, noch etwas daraus erworben wird [1]).

2) Das Vermächtniß ist von jetzt an vererblich. L. 5. pr. D. quando dies (36. 2). L. 6. C. quando dies (6. 53). Paull. rec. sent. III. 6. § 7 [2]).

Da sonst nur erworbene Rechte den Gegenstand der Vererbung ausmachen, so wird nicht nur bestätigt, daß etwas erworben sei, sondern es wird in hohem Maße wahrscheinlich, daß das Erworbene ein Recht sei.

3) Damit stimmt in hohem Maße überein, daß die Frage, wem das Legat erworben wird, sich richtet nach dem Moment des dies cedens. Ist der Legatar in diesem Moment frei, so erwirbt

---

[1]) Man erhebe hier keinen Einwand aus dem Erforderniß der testamenti factio bei Delation des Erbrechtes. Auch da wird nämlich etwas erworben, wie sich später zeigen wird: das Recht Erbe zu werden.

[2]) Ueber den Widerstreit mit consultatio VI § 9; vergl. Arndt's in Glück's Pandekten. Bd. 48. S. 202 ff. und die daselbst citirten.



er es für sich, mag er auch früher in fremder Gewalt gestanden haben. Ist er in diesem Augenblick in fremder Gewalt, so wird dem Gewalthaber erworben [1]), mag auch unmittelbar nachher und noch vor dem Erbschaftsantritt Emancipation oder Manumission eintreten.

L. 5. § 7. L. 9. L. 14. § 3. L. 15. L. 17. pr. L. 27. D. quando dies (36. 2). L. 68. § 1. L. 91. § 6. L. 116. § 1. D. de leg. I. (30). L. 18. D. de reg. jur. (50. 17).

Also auch hier tritt uns völlige Gleichheit mit der Behandlung des Erwerbes von Rechten entgegen.

4) Die Abhängigkeit der Wirksamkeit des Legates von dem Erbschaftsantritt des Testamentserben [2]) steht den bisher gefundenen Resultaten in keiner Weise entgegen. Wir wissen, daß dem römischen Recht die Erscheinung des Erwerbes pendenter Rechte eine sehr geläufige ist. Wir dürfen also auch hier annehmen, daß mit dem Anfall des Legates ein pendentes Recht erworben ist, oder m. a. W., daß der Erbschaftsantritt aufklärt, ob der Legatar schon die cedente ein Recht erworben habe.

Auch die Ausdrücke der Quellen wie „legatum acquiritur" Gaj. II. § 87. § 3. J. per quas personas (2. 9) „legatarius securus est" L. 7. § 1. D. quando dies legati cedit (36. 2) stimmen mit der Annahme eines Rechtserwerbes überein. Schwierigkeit macht nur die Frage, welches ist die Natur und der Inhalt des *die cedente* erworbenen Rechtes?

§. 56. b) Beim Damnationslegat. Entstehung einer (pendenten und eventuell befristeten) Obligation.

Für das befristete Damnationslegat haben wir eine Reihe von Quellenentscheidungen, welche zum mindesten beweisen, daß schon vor dem Eintritt des dies eine gültige Obligation bestand.

---

1) Von den Neuerungen des Erwerbes der Haussöhne wird hier ganz abgesehen.

2) Die Ausnahmen können hier ganz unberücksichtigt bleiben.

L. 1. § 1. D. de cond. (35. 1). Cum dies certus adscriptus est (sc. legato), quamvis dies nondum venerit, solvi tamen possunt, quia certum est, ea debitu iri.

Hier wird die Zahlung, die doch nur nach Entstehung der Obligation mit sofortiger Wirkung denkbar ist, schon ante diem für möglich erklärt, also die Existenz der Obligation anerkannt. Daß dabei der Ausdruck „certum est, debitu iri" gebraucht wird, hat für uns nichts Auffallendes, da wir längst gesehen haben, daß das Wort „debere" sehr häufig für „zahlen müssen" gebraucht wird, aus dem Futurum also durchaus nicht geschlossen werden kann, daß die Schuld inzwischen noch nicht bestände. Ja diese Interpretation ist hier nicht nur möglich und naheliegend, sondern geradezu nothwendig; denn der sonst sich ergebende Satz, eine noch nicht entstandene, aber mit Sicherheit in Zukunft entstehende Obligation könne bereits gezahlt werden, enthielte einen Widerspruch in sich selbst. Aber auch wenn man, um dem zu entgehen, trotz der das Gegentheil besagenden Fassung der Stelle hineininterpretiren wollte, der Jurist habe nicht an sofort liberirende Zahlung, sondern an eine Zahlung mit zukünftiger Wirkung gedacht, wäre nichts geholfen; denn alsdann würde der angegebene Grund nach anderer Richtung fehlerhaft, da ein Hingeben zahlungshalber zum Zweck zukünftiger Liberirung, auch wenn es nicht certum est debitu iri, wie z. B. bei bedingten Schulden, möglich ist. L. 16. D. de solut. (46. 3).

In fast gleichem Maße beweisend ist die L. 1. § 4. D. quando dies ususfructus (7. 3). Ulpian sagt hier, daß aus einem befristeten Nießbrauchslegat das Nießbrauchsrecht und die actio de usufructu nicht vor Eintritt des dies entstehe (ganz natürlich, da sogar der Anfall noch nicht stattgefunden hat), also könne auch durch Anstellung der Klage keine Consumtion eintreten (agentem ante diem ususfructus nihil facere), und fügt dann hinzu, *quamvis alias, qui ante diem agit, male agit*, d. h. obgleich sonst, wer vor dem dies klagt, seine Klage consumirt. Daß der Jurist in diesem Zu-

sammenhange in erster Linie an die so außerordentlich häufigen befristeteten Damnationslegate denken mußte, ist ohne Weiteres klar. Wenn die Stelle aber beweist, daß bei ihnen die Klage vor Eintritt des dies durch Litiscontestation consumirt werden kann, so beweist sie auch, daß die Obligation schon vor Eintritt des dies besteht (vergl. oben S. 243, 323 ff.).

Auch die L. 5. C. quando dies legati vel fideic. cedat (6. 53) ist nicht ganz ohne Werth für uns, da die in ihr gebrauchten Ausdrücke „non condicio inserta, sed *petitio in tempus* legitimae aetatis *dilata* videtur" ganz an die bei betagten Vertragsobligationen üblichen Bezeichnungen erinnern.

§ 1. J. de V. O. (3. 15) statim debetur, sed peti, priusquam dies veniat, non potest.

L. 46. pr. D. de V. O. (45. 1) praesens obligatio, in diem autem dilata solutio.

Endlich entbehrt auch die L. 213. D. de V. S. (50. 16) nicht der Beweiskraft; denn wenn die Stelle ganz allgemein sagt: „cedere diem significat, incipere deberi pecuniam," so müßte es doch sehr auffallend erscheinen, wenn dieser Ausspruch gerade für diejenigen befristeten Rechtsgeschäfte, bei denen der Ausdruck diem cedere bei weitem am häufigsten und in juristisch technischem Sinne gebraucht wird, nicht richtig wäre.

Wir dürfen somit als feststehendes Resultat betrachten, daß mindestens vom Erbschaftsantritt an bis zum eintretenden dies certus bereits eine befristete Obligation vorhanden war. Aber auch für die Zeit zwischen dem Tode des Testators und dem Erbschaftsantritt wird dies (natürlich unbeschadet der in Folge der Ungewißheit des Erbschaftsantrittes noch vorhandenen Pendenz) höchst wahrscheinlich. Nirgends wird nämlich in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen der Zeit vor und nach dem dies hervorgehoben.

Die Quellen bezeichnen das Rechtsverhältniß zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erbschaftsantritt ebenfalls durch die für

das Vorhandensein der Obligation bei hinausgeschobener Erfüllung so characteristischen Ausdrucke.

L. 21. pr. D. quando dies leg. (36. 2) . . . dies legati statim cedit, sed ante diem peti non potest.

L. 7. pr. D. quando dies (36. 2). Hereditatis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

Die L. 14. § 3. D. quando dies leg. (36. 2) aber sagt geradezu, daß das Legat vor Antritt der Erbschaft schon geschuldet werde, und folgert daraus, daß die Forderung, weil schon existirend, mit dem Vermögen des Legatars auf Denjenigen übergehe, dessen potestas der Legatar in der Zeit zwischen dem Tode des Testators und dem Erbschaftsantritt unterworfen werde.:

L. 14. § 3. D. quando dies (36. 2). Ulp. l. 24. ad Sabinum. Si dies legati cesserit, deinde legatarius in jus alienum pervenit, ipsi potius debetur legatum, in cujus ipse jus pervenit; *transeunt enim cum eo, quae ei debebantur*.

Endlich ist die Beweiskraft der L. 213. D. de verb. sign. (50. 16) hier genau dieselbe, wie für die befristeteten Legate. Da es nicht wohl möglich erscheint, die Stelle auf Verträge zu beschränken, so müssen wir annehmen, daß mit dem cedere diem stets die obligatorische Wirkung „incipere deberi pecuniam" eintrete, zunächst als pendente, d. h. noch von dem Erbschaftsantritte abhängige, dann als gewisse und zwar beim unbefristeten Legat präsente, beim befristeten noch befristete Obligation [1]).

§. 57. c. Beim Vindicationslegat. Entstehung einer (pendenten) Erwerbsberechtigung.

Für die dingliche Wirkung des Legates schlagen wir den umgekehrten Weg ein, indem wir mit der Zeit vom Tode des Testa-

[1]) In der obigen Darstellung ist aus Gründen einfacherer Darstellung auf diejenige Pendenz gar keine Rücksicht genommen, welche dadurch entsteht,

tors bis zum Erbschaftsantritt, für welche hier die Quellen am reichsten fließen, beginnen.

Die Ansicht, daß der Legatar schon mit dem Tode Eigenthum (welches natürlich einstweilen pendentes Eigenthum sein würde) erwerbe, ist den Quellen absolut zuwider.

Gaj. II. § 194 .... quia *post aditam hereditatem* statim ex jure Quiritium res legatarii fit.

L. 69. pr. D. de leg. I, (30). Gaj. l. 2 de legatis ad. Ed. Praet. Servo legato legari posse certum est, quod *adita hereditate statim servus* acquiritur legatario.

L. 7. § 5. D. de dolo malo (4. 3). Item si servum legatum heres *ante aditam hereditatem* occiderit, quoniam *prius, quam factus sit legatarii, interemtus* est, cessat legis Aquiliae actio.

L. 15. pr. ad l. Aquil. (9. 2) ... si *ante aditam heriditatem occidatur legatus servus, apud heredem remaneat* Aquiliae actio per hereditatem acquisita.

L. 13. § 3. D. eod. Si servus legatus *post aditam hereditatem* sit occisus, *competere* legis Aquiliae actionem *legatario* [1]).

L. 38. D. de leg. II. Quod servus legatus *ante aditam hereditatem* acquisiit, *hereditati acquirit.*

L. 86. § 2. D. de leg. I. (30). Cum servus legatur, et ipsius servi status, et omnium, quae personam ejus attingunt; in suspenso est; nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur, si non repulerit, *ex*

---

daß bekanntermaßen das Legat als nie erworben betrachtet wird, wenn der Legatar das Legat ablehnt. Dieselbe ist bereits oben S. 234 kurz besprochen und bietet durchaus keine Schwierigkeit.

1) Der Rest des Fragmentes, über dessen Lesarten Mommsen's Pandektenausgabe zu vergleichen ist, kommt hier nicht in Betracht.



die aditae hereditatis ejus intelligetur. etc.; vergl. auch Vat. fragm. § 44. L. 120. § 2. D. de leg. I. (30).

Die Beweiskraft dieser directen Aussprüche und der daraus gezogenen practischen Consequenzen, welche sämmtlich bei Annahme von dominium pendens gerade entgegengesetzt hätten lauten müssen, noch weiter zu erörtern, hieße Eulen nach Athen tragen. Kaum zweifelhafter aber ist die Entscheidung in gleichem Sinne beim befristeten Legat für die Zeit zwischen Erbschaftsantritt und Eintritt des dies.

Die L. 9. § 2. D. usus fructus quemadmodum (7. 9) sagt, derjenige, dem der Ususfruct pure, die proprietas aber sub die hinterlassen sei, brauche keine cautio usufructuaria zu leisten, da es sicher sei, daß ihm oder seinem Erben das Eigenthum zufallen werde.

Ulp. l. 51. ad Edictum. Plane si ex die proprietas alicui legata sit, usus fructus pure, dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia *certum sit, ad eum proprietatem, vel ad heredem ejus perventuram.*

Daß die Stelle von der Zeit nach dem Erbschaftsantritt spricht, ist selbstredend, da vorher der dies legati usus fructus nicht cedirt. Schon das bloße Aufwerfen der Frage, ob der Legatar Caution bestellen müsse, beweist aber, daß er vor dem dies noch nicht Eigenthümer ist, und noch mehr der angegebene Grund „certum est proprietatem ad eum vel heredem ejus perventuram," welcher zugleich den letzten möglichen Einwand, die Stelle spreche von einem dies incertus völlig abschneidet.

Auch aus der L. 1. C. communia de legatis et fideic. (6. 43) und L. 3. § 2. C. eodem läßt sich für das Justinianische dinglich wirkende Vermächtniß ein Schluß ziehen. In der ersten Stelle sind nämlich successive befristete Vermächtnisse mit dinglicher Wirkung anerkannt, und in der zweiten wird bezüglich derselben dem One=

rirten die Veräußerung verboten, woraus sich ergibt, daß Justinian den Onerirten inzwischen als Eigenthümer betrachtete. Denkbar wäre es allerdings, daß das römische Recht einen anderen Weg eingeschlagen hätte. Zwar dem Legatar schon mit dem Erbschaftsantritt volles unbeschränktes Eigenthum zu geben, ließ der entgegengesetzte in dem dies sich aussprechende Wille des Testators nicht zu; aber denkbar wäre eine temporäre Spaltung des Eigenthumsrechtes gewesen, dergestalt, daß dem Onerirten ein durch Endtermin, dem Honorirten ein durch Anfangstermin befristetes Eigenthumsrecht zugefallen wäre. Mit anderen Worten es konnte angenommen werden, der Onerirte erhalte nur das Recht die Sache beispielsweise bis zum 1. Januar zu beherrschen, während der Honorirte sofort das Recht erwerbe, die Sache vom 1. Januar ab zu beherrschen. Es war wohl einerseits die Künstlichkeit dieses Gedankens, welche das römische Recht vor demselben zurückschreckte, andererseits aber auch die im Eigenthumsbegriff gedachte unbeschränkte Herrschaft, welche eine solche zeitliche Spaltung des Eigenthums verhindert hat.

Wir haben also hier die entgegengesetzte Erscheinung als im Obligationenrecht. Der Anfangstermin bei obligatorischen Verträgen oder Legaten schiebt den Erwerb der Obligation nicht hinaus, sondern modificirt deren Inhalt. Es wird sofort eine auf Leistung an dem dies gerichtete Obligation erworben. Durch ein befristetes Eigenthumslegat dagegen wird der Inhalt des legirten Eigenthums nicht modificirt, aber dessen Erwerb hinaus geschoben. Es gibt befristete Obligationen aber kein befristetes Eigenthum.

Der gegenwärtige Stand unserer Untersuchung ist besonders geeignet zu einem Rückblick auf die vorläufig völlig außer Acht gelassene Ansicht, daß es Vindicationslegate ex die überhaupt nicht

---

[1]) E. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Legaten. 1854. S. 7 ff.

gegeben habe[1]). Zwar wird die Unrichtigkeit derselben schon mehr als genügend durch die von Fitting[1]), Jhering[2]), Arndts[3]) und Anderen hervorgehobenen Argumente, die L. 9. § 2. D. usufr. quemadmodum (7. 9), die L. 1. § 2. D. quib. modis ususfructus (7. 4), die L. 72. § 5. D. de cond. (35. 1), ferner die durchaus zutreffende Analogie der testamentarischen Freilassung (L. 1. pr. D. de statuliberis (40. 7), L. 17. § 3. D. de manum. test (40. 4) und für das befristete dinglich wirkende Legat des justinianischen Rechts durch L. 3. § 2. C. comm. de leg. et fideic. (6. 43) und wenigstens indirect durch die L. 1. C. eodem, bewiesen. Allein gerade in dem jetzigen Zusammenhange wird die innere Grundlosigkeit des angeregten, aus der Unmöglichkeit eines dies ad quem bei Eigenthumsübertragungen hergeleiteten Zweifels besonders klar.

Die Unmöglichkeit eines ipso jure wirkenden dies ad quem beim Eigenthum beruht nämlich eben darauf, daß das Eigenthum als seiner Natur nach dauerndes unbeschränktes Recht eine solche temporäre Schranke seines Inhaltes nicht verträgt. Der dies a quo aber hat, wie wir gesehen haben, mit dem Inhalt des Eigenthum nichts zu thun. Das Eigenthum entsteht auch in Folge des befristeten Legates in seinem vollen Gehalt und seiner ganzen Kraft, nur später als in Folge des unbefristeten.

Haben unsere bisherigen Erörterungen ergeben, daß beim befristeten Vindicationslegat schon ein Recht, welches aber nicht Eigenthum (auch nicht befristetes Eigenthum) ist, erworben sei, so ist damit die Construction dieses Rechtes noch nicht gelöst. Auch dürfen wir uns nicht mit Formulirungen wie, erworben sei „das Vermächtniß," „das Recht auf das Vermächtniß," „das Recht des Vermächt-

---

1) Rückziehung. S. 106.
2) Jahrbücher für Dogmatik. X. S. 506 ff.
3) In Glück's Pandekten. Bd. 48. S. 261 ff.

nisses," zufrieden geben; denn versteht man unter Vermächtniß die Verfügung des Testators, sei es in ihrer Entstehung als Willensäußerung, sei es in ihrer Geltung als durch ihn geschaffene, seinen Tod überdauernde feste Bestimmung, so ist sofort klar, daß von einem Rechte an dieser Verfügung oder auf dieselbe gar nicht die Rede sein kann. Versteht man aber unter Vermächtniß etwas Anderes, so ist es eben die Aufgabe, dieses Andere klar anzugeben und nachzuweisen, was bis jetzt m. W. nicht gelungen ist. Aehnlich steht es mit den Bezeichnungen des Erworbenen als „Hoffnung" oder „Aussicht," oder „in der Entstehung begriffenes Recht," oder „Keim des Rechtes," „Rechtsembryo." Sie alle sind theils Bilder, deren Berechtigung ich nicht zugeben kann, weil die Rechte sich nicht aus einem unscheinbaren Keim durch eine ungemessene Zahl stets wechselnder Veränderungen zur ausgewachsenen Existenz entwickeln, theils besagen sie nur, daß später (vielleicht) ein Recht entstehe, nicht aber, daß mittlerweile schon ein Recht vorhanden ist, und am wenigsten, worin dieses besteht. Meines Erachtens ist die Folge des dies cedens beim Vindicationslegat die Entstehung einer Erwerbsberechtigung für den Legatar. Der Vermächtnißnehmer erwirbt ein Recht auf Erwerb des Eigenthums. Dieses Recht auf Erwerb des Eigenthums wird zunächst beim Tode des Testators als pendentes erworben; durch den Erbschaftsantritt des Testamentserben wird klar, daß es schon vom Tode des Testators bestanden hat, also auch schon damals dem Gewalthaber erworben bezw. mittlerweile auf die Erben des Legatars übergegangen ist. Realisirt aber wird es durch den wirklich eintretenden Eigenthumserwerb, der beim unbefristeten Legat im Moment des Erbschaftsantrittes, beim befristeten im Moment des eintretenden dies stattfindet.

Sonstiges Vorkommen und Natur solcher Erwerbsberechtigungen sollen in einer besonderen Anlage (Anlage III.) besprochen werden.

V. Bedingte Erbeseinsetzung.

§. 58.

Die Wirkung des Eintritts der Bedingung der Erbeseinsetzung macht nach Kenntniß der Wirkungen des bedingten Legates keinerlei Schwierigkeit. Wie bei Legaten der Anfall, wird hier die Delation, und zwar aus denselben Gründen, durch die Bedingung hinaus geschoben. L. 3, 69. D. de acqu. v. om. her. (29. 2). Wie bei Legaten ist auch hier jede Rückwirkung ausgeschlossen, wie am klarsten daraus hervorgeht, daß der Eingesetzte den Eintritt der Bedingung erleben muß, die Delation also nicht stattfindet, wenn er vorher verstorben ist. L. un. § 7. C. de cad. toll. (6. 51). L. 60. § 6. D. de her. inst. (28. 5). L. 23, 45. §. 1. D. de vulg. ac pup. subst. (28. 6). L. 9. i. f. D. de suis et leg. (38. 16). Hat allerdings beim Eintritt der Bedingung die Delation stattgefunden und hat der Delat die Erbschaft acquirirt, so knüpft nun sein Erwerb unmittelbar an den Tod des Erblassers an, allein dies hat mit der vermeintlichen Rückwirkung der Bedingung so wenig zu thun, daß es bei unbedingten Erbeseinsetzungen in ganz gleicher Weise stattfindet, wenn die Delation aus irgend einem anderen Grunde hinausgeschoben war, oder auch nur die Acquisition sich verzögert hat.

So lange die Bedingung der Erbeseinsetzung schwebt, tritt eine gewollte Wirkung der Erbeseinsetzung nicht ein. Provisorisch aber wird das ungewisse zukünftige Recht des bedingt Eingesetzten geschützt und zwar bekanntlich nicht wie bei Legaten durch Cautionsansprüche, sondern durch provisorischen Erwerb (bonorum possessio) gegen Caution wegen eventueller Herausgabe. Der Unterschied beruht darauf, daß es hier an einer anderen Person mangelt, welche für die Zwischenzeit auf den Besitz der Erbschaft Anspruch hätte und zur Caution angehalten werden könnte.

Die Unwirksamkeit des dies certus bei Erbeseinsetzungen ist bereits von Anderen zutreffend erklärt [1]).

VI. Die bedingte Tradition.

1) Die Retrotractionstheorie.

§. 59.

Die Annahme, daß die Bedingung bei Traditionen in vollem Maße zurückgezogen werde, hat zwar in unserem Jahrhundert mehr Widerspruch als Zustimmung gefunden, ist aber von W. Sell [2]) mit einem solchen Aufwand von Material zu stützen gesucht, daß eine kurze Prüfung derselben nicht zu umgehen ist, um so weniger als auch Scheurl und Dernburg sich für die Rückwirkung ausgesprochen haben [3]).

Wenn Sell sich zunächst auf Stellen beruft, welche bedingte Obligationen, deren Vererbung, Acceptilation und Zahlung behandeln [4]), so bedarf das auf dem gegenwärtigen Standpunkte unserer Untersuchung überhaupt keiner Widerlegung, und ebenso wenig haben die weiter beigebrachten (von uns später zu erörternden) auf das Pfandrecht bezüglichen Entscheidungen [5]) hier irgend welchen Werth.

Von Quellenstellen aber, welche sich auf die bedingte Tradition unmittelbar beziehen, weiß Sell als Stütze der Rückwirkung

---

1) Brinz. I. Auflage. S. 772; Köppen, die Erbschaft. S. 100 ff. Windscheid, Pand. III. § 555. Anm. 3.

2) Ueber bedingte Traditionen. Zürich 1839.

3) Scheurl a. a. O. S. 206 ff.; Dernburg, Pand. I. § 111. Anm 5.

4) a. a. O. S. 105 ff. L. 78. pr. D. de V. O. (45. 1). L. 18. D. de R. J. (50. 17). L. 8. pr. D. de periculo et comm. (18. 6). L. 16. D. de solut. (46. 3). Diese vier Stellen, die allerbekanntesten Aussprüche über die Rückwirkung bei obligatorischen Verträgen, werden von Sell immer und immer wieder in's Feuer geführt, um jede einzelne beliebige Consequenz der vermeintlichen Rückwirkung bei bedingten Traditionen zu beweisen.

5) a. a. O. S. 111 — 114.

nur eine einzige anzuführen, welche auch Scheurl und Dernburg wesentlich zum Festhalten an der Retrotractionstheorie bestimmt hat.

L. 8. D. de reb. cred. (12. 1). Pomponius l. 6. ex Plautio. Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus: item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. nam Julianus aït et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum [1]).

Es ist zuzugeben, daß Pomponius im zweiten Theil der Stelle von einem Falle wahrer Rückwirkung redet — der Wortlaut unserer L. 8. cit. sowie die L. 15. D. de reb. dub. (34. 5) und L. 86. § 2. D. de leg. I. stellen dies außer Frage —; allein wenn Sell hieraus folgert, „daß Alles, was bei dem zweiten Fall von dem Eigenthumserwerb des Erben rückwärts bis zur Zeit der hereditatis aditio gesagt sei, auch von dem ersten Fall gelten müsse [2]), so beruht das auf einem offenbaren Fehlschluß. Grammatisch und logisch besagen die die beiden Beispiele einleitenden Worte „veluti" und „item" nichts weiter, als daß die zu Anfang der Stelle aufgestellte Behauptung „mutui datio pendet, ut ex post facto confirmetur" für beide Fälle zutreffe. Das aber ist auch ohne die Annahme einer Rückwirkung bei bedingten Traditionen zweifellos richtig; denn der Ausdruck „pendere" bezeichnet überhaupt eine später aufzuklärende Ungewißheit, die Ungewißheit ohne Rückziehung so gut wie diejenige mit Rückziehung.

---

[1]) Die Conjectur Blume's „amissum" scheint mir nicht nothwendig.

[2]) a. a. O. S. 108.

L. 3. § 5. D. de statu liberis (40. 7). Ulp. l. 27. ad. Sabinum. . . . . . pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen, ut non retro nummi fiant accipientis, sed tunc, cum residua summa fuerit exsoluta.

Wer die L. 8. für die Rückwirkung der bedingten Tradition verwerthet, der schließt im Grunde von der Gleichstellung in der Art (hier der Ungewißheit) auf die Gleichheit der Unterart (hier der Ungewißheit mit Rückziehung).

Vielleicht bleibt trotzdem einzelnen Lesern noch ein kleiner Zweifel: „Weshalb erörtert Pomponius nur in dem zweiten, nicht in dem ersten Falle die Frage nach der Rückwirkung? Wollte er nicht doch wenigstens stillschweigend andeuten, daß das für den zweiten Fall Gesagte auch für den ersten richtig sei"? Keineswegs! der Grund ist ein ganz anderer. Pomponius will ja nicht die Rückwirkungsfrage erörtern; er will zeigen, daß eine erst später sich entscheidende Ungewißheit beim Darlehen vorkomme. Zum Beweis führt er zunächst die bedingte Darlehenshingabe an, bei der die Ungewißheit durch die Bedingung sofort gegeben, jede weitere Erörterung also überflüssig war. Sodann geht er über zu dem zweiten Beispiel der Tradition einer legirten Erbschaftssache durch den Erben. Hier war die Hingabe unbedingt, die Ungewißheit konnte nur aus der Pendenz des Eigenthums im Moment der Hingabe resultiren. Hier und nur hier bildet daher die Annahme der Rückziehung die Grundlage für die von Pomponius aufgestellte Anfangsbehauptung. Deshalb wird sie auch hier und nur hier zum Beweise herangezogen. Damit verschwindet auch der letzte Schein von Berechtigung, die Begründung des zweiten Beispiels auf das erste mitzubeziehen.

Weit schwächer noch sind Sell's Beweise für seine weiteren zur Stütze der Retrotractionstheorie aufgestellten Behauptungen. Die Rückziehung in Bezug auf Früchte will er durch Combination von neun Stellen klarlegen, von denen keine einzige von der bedingten

Tradition [1]), keine einzige von Früchten und Nebensachen bedingt erworbener Sachen oder bedingter Obligationen redet [2]), und für den Beweis der völligen Richtigkeit der pendente condicione getroffenen Verfügungen des Tradenten über die Sache müssen wieder die Stellen über die Dispositionen herhalten, welche der Erbe pendente condicione legati über die legirte Sache getroffen hat [3]); und dazu kommt noch, daß auch für diesen Fall nicht Richtigkeit der Verfügung, sondern Erlöschen der mittlerweile gültig constituirten Rechte mit Ausschluß jeglicher Rückziehung ausgesprochen ist.

---

[1]) L. 11. § 1. i. f. D. qui pot. (20. 4). L. 8. pr. D. de peric. (18. 6). L. 16. pr. D. de solut. (46. 3). L. 8. i. f. D. de reb. cred. (12. 1). L. 15. pr. D de reb. dub. (34. 5). L. 64. D. de V. O. (45. 1). L. 126. pr. eod. L. 40. i. f. de reb. cred. (12. 1). L. 12. § 2. D. fam. herc. (10. 2); vergl. Sell a. a. O. S. 144 — 49.

[2]) Dies ist bezüglich der fünf erstgenannten ohne weiteres klar. Die L. 64. cit. und L. 126. pr. aber sprechen von Renten. Die L. 40. cit. (lex Lecta), wie man sie im übrigen auch verstehen mag, nur von Zinsem einer unbedingten Schuld und von bedingten Poenalstipulationen. Die L 12. § 2. fam. herc. endlich, welche speciellen Beweis der Rückziehung in Bezug auf die Früchte bei bedingten Traditionen erbringen soll, wird (abgesehen davon, daß sie von bedingten Legaten handelt) nur in Folge handgreiflicher Mißverständnisse hier hergezogen. Sell versteht in dem Satze „Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est: et ideo venit in familiae erciscundae judicium et adjudicari potest, *cum sua scilicet causa, ut existente condicione eximatur ab eo, cui adjudicata est*“. . . . Die Worte „cum sua causa“ von dem Zubehör (die richtige Bedeutung oben S. 422), „wozu offenbar die Früchte gehören,“ und glaubt ferner aus dem Zusammenhang der Stelle entnehmen zu dürfen, daß die Sache existente condicione auch mit diesem Zubehör an den Legatar falle (!) a. a. O. S. 149.

[3]) a. a. O. S. 159 u. 160. L. 3. § 3. C. comm. de leg. (6. 43). L. 13. § 1. D. de pign. (20. 1). L. 105. D. de cond. (35. 1). L. 11. § 1. quemadm. serv. (8. 6). Die Stellen sind oben bei der Lehre von den bedingten Legaten S. 406 und der bedingten Manumission S. 410, wohin sie gehören, besprochen,

2) Der Eigenthumserwerb findet ohne jede Rückwirkung erst im Moment der eintretenden Bedingung statt.

§. 60.

Daß es der Parteiwillkür möglich sei, eine bedingte Tradition mit voller Rückwirkung vorzunehmen, ist in den Quellen nirgends gesagt; aber gleichwohl schwerlich zu bestreiten. Ist doch dem römischen Recht der Begriff des dominium pendens wohlvertraut und nicht einzusehen, weshalb ein solches schwebendes Eigenthum gerade durch den Willen der Parteien nicht solle hervorgerufen werden können. Sollte also Jemand sich veranlaßt fühlen, eine Tradition etwa unter folgenden Worten zu vollziehen: „Ich mache Dich für den Fall, daß Titius Consul wird, jetzt sofort zum Eigenthümer dieser Sache, während Du im entgegengesetzten Fall nicht Eigenthümer sein und werden sollst", so würde m. E. das Eigenthum vom Moment der Tradition an in der Schwebe sein oder, um die gebräuchliche Redeweise anzuwenden, volle Rückwirkung der Bedingung anzunehmen sein.

Allein solche Beispiele bringt das Leben nicht oder nur äußerst selten hervor [1]), und das römische Recht hat sich mit bloßen Katheder-

[1]) Bei Combination zweier Geschäfte unter entgegengesetzten Bedingungen (vergl. oben S. 195) wäre es noch am leichtesten denkbar, z. B. Jemand kauft und miethet dasselbe Pferd unter entgegengesetzten Bedingungen dergestalt, daß die (eine oder die andre) Wirkung sofort ins Leben treten soll. Die Tradition erfolgt demgemäß etwa unter folgenden Worten: „Ich übergebe Dir hierdurch das Pferd, und zwar zu sofortigem Eigenthum für den Fall, daß die Bedingung des Kaufes, zur Miethe dagegen für den Fall, daß die Bedingung der Miethe eintritt." Hier ist, abgesehen davon, daß Kauf- resp. Miethpreis nicht vor Eintritt der resp. Bedingung (wohl aber eventuell der Miethpreis für die Zeit vor Eintritt der Bedingung) zu zahlen sind, volle Rückwirkung anzunehmen. Deshalb gehören, falls die Kaufbedingung nachher eintrttt, die Früchte der Zwischenzeit dem Käufer, der Erwerb findet statt für den Gewalthaber des Käufers



fragen nicht beschäftigt. Das Gebiet des wirklich practischen Rechtes und der römischen Quellen betreten wir erst, wenn wir unsere Frage für Beispiele wirklich vorkommender bedingter Traditionen wiederholen, welche ganz regelmäßig einen dies incertus enthalten [1]). Hier aber finden wir in ganz unzweifelhafter Weise mehrfach ausgesprochen, daß das Eigenthum erst im Moment des Eintritts der Bedingung ohne jede Rückwirkung übergehe.

1) L. 7. § 3. D. de jure dotium (23. 3) Ulp. l. 31 ad Sab. Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. quid ergo si ante matrimonium? si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, statim ejus, etiam antequam nuptiae fiant [2]), efficiuntur: enimvero *si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc ejus fieri, cum nuptiae fuerint secutae.*

Die Beweiskraft der Stelle kann nicht durch den Einwurf, es handle sich hier um eine condicio juris, angefochten werden; denn bekanntlich ist das Zustandekommen der Ehe für den Eigenthumsübergang nicht condicio juris, wie der erste Theil unserer Stelle und die L. 9 eodem beweisen; ja es wird nach L. 8 eodem gerade umgekehrt bei der Tradition von Sachen an den Bräutigam

im Moment der Tradition, auch wenn das Gewaltverhältniß im Moment der eintretenden Bedingung gelöst ist u. s. w.

[1]) Nicht allein treffen die im §. 22 entwickelten Beweise für diese Regel hier in vollstem Maße zu, sondern die dort angeführten Quellenbeweise sind genau genommen noch um sämmtliche im folgenden angeführte Quellenstellen über die bedingte Tradition zu vermehren, da dieselben durchweg für das Vorhandensein eines dies in der Bedingung characteristische Ausdrücke gebrauchen „*tunc, cum* condicio extiterit, oder nuptiae secutae fuerint etc.“

[2]) Vergl. Mommsen's Pandekten-Ausgabe.



zu Dotalzwecken ohne besondere Verabredung die Bedingung nachfolgender Ehe nicht angenommen.

2) L. 2. § 5. D. de donat. (39. 5) Julianus l. 60 dig. Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, *ea* tamen *condicione*, ut *tunc demum* mea fieret, cum Sejus consul factus esset: *sive furente eo sive mortuo Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet.*

3) L. 9. § 1. D. de jure dotium (23. 3). Ulp. l. 31 ad Sab. Si res alicui tradidero, *ut nuptiis secutis dotis efficiantur,* et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne non possint in dominio ejus effici cui datae sunt, quia *post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit.* et. c.

Diese beiden Stellen werden später noch sehr genau besprochen werden müssen in Bezug auf die Frage, ob der Eigenthumsübergang durch den pendente condicione erfolgten Tod oder Wahnsinn des Tradenten verhindert werde oder nicht. Das, worauf es hier allein kommt, daß nämlich, wenn überhaupt, das Eigenthum erst im Moment der eintretenden Bedingung übergehe, beweisen beide Stellen, die L. 2. § 5. indem sie es ausdrücklich sagt, die L. 9. § 1, indem sie den Eigenthumsübergang aus dem Grunde leugnet, weil im Moment der eintretenden Bedingung der (mittlerweile schon verstorbene) Tradent nicht mehr aufhören könne Eigenthümer zu sein [1]).

4) L. 29. D. de m. c. don. (39. 6). Ulp. l. 17 ad ed. Si quidem quis sic donavit, *ut, si mors contigisset, tunc*

---

[1]) Die L. 9. § 1. wird hier vorläufig so verstanden, wie sie der unbefangene (nicht von vorn herein um das Resultat sorgende) Leser zweifellos verstehen wird. Die Unhaltbarkeit aller anderen Erklärungen wird übrigens weiter unten nachgewiesen werden.

haberet cui donatum est, sine dubio donator *poterit* rem *vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est.*

Bis zu dem zur Bedingung gesetzten Tode des Schenkers hat dieser, nachher der Beschenkte die rei vindicatio; vor Eintritt der Bedingung ist also der Tradent, nachher der Empfänger Eigenthümer.

5) L. 11. § 1. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1). Ulp. l. 32 ad Sab. . . . . ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quae *hoc animo* fit, *ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur,* sed omnis mortis causa donatio.

6) L. 2. i. f. D. de mortis causa don. (39. 6). Ulp. l. 32 ad Sab. Tertium genus esse donationis aït, si quis periculo motus *non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum cum mors fuerit insecuta.*

7) L. 1. § 2. D. pro dote (41. 9). Ulp. l. 31 ad Sab. Et Julianus inquit, si sponsa sponso *ea mente* tradiderit res, *ut non ante ejus fieri vellet, quam nuptiae secutae sint,* usu quoque capio cessabit . . . .

Diese drei Stellen besagen zwar nicht ausdrücklich, daß das Eigenthum erst vom Moment der eintretenden Bedingung an dem Empfänger zustehe; allein sie drücken den gerade auf diese Rechtswirkung gerichteten Willen des Tradenten in prägnantester Weise aus und folgern aus ihm ohne Weiteres, indem sie das wirkliche Stattfinden des gewollten Eigenthumsaufschubes als selbstverständlich voraussetzen.

8) L. 1. pr. D. de donat. (39. 5). Julianus l. 17 dig. Dat aliquis *ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit:* non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc *donatio sub condicione* est.

Auch hier zeigt sich, daß der Wille bei der bedingten Tradi-

tion auf den *Eigenthumsübergang* zur Zeit der eintretenden Bedingung *gerichtet ist;* und zwar ist das Julians Auffassung nicht etwa nur für den vorliegenden Fall, sondern ganz regelmäßig für alle Fälle; denn der Jurist hält es gar nicht für nöthig, den angeordneten dies besonders hervorzuheben, vielmehr ist ihm das Geschäft, da der dies mit der condicio selbstverständlich gegeben ist, einfach „donatio sub condicione."

Endlich sind hier noch fünf Stellen zu erwähnen (zu denen sich die schon oben unter Nro. 7) erwähnte L. 1. § 2. pro dote als sechste gesellt), welche im Falle der bedingten Tradition dem Empfänger vor Eintritt der Bedingung jede Usucapion definitiv versagen.

9) Fragm. Vat. § 111. i. f. . . . Cum vero aestimatae dantur, quoniam ex empto incipiunt possideri, ante nuptias *pendente venditione, non prius usucapio sequi potest, quam nuptiis secutis.*

10) L. 2. D. pro dote (41. 9). Paulus l. 45 ad Edictum. Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emtore nec pro suo ante nuptias usucapietur [1]).

11) L. 4. pr. D. de in diem addictione (18. 2). Ulp. l. 28 ad

---

[1]) Zur Interpretation des § 111 cit. und der L. 2 cit. bemerke man Folgendes: Die datio dotis vor der Ehe erfolgt nicht unter der stillschweigenden Bedingung si nuptiae sequantur. Der Mann wird daher vor der Ehe sofort Eigenthümer oder kann bei mangelndem Eigenthum seines Auctor usucapiren, natürlich vor der Ehe nicht pro dote, sondern pro suo. Vat. Fr. § 111 in medio; vergl. auch L. 67. D. de jure dotium (23. 3). Bei der dos venditionis gratia aestimata dagegen ist der Kauf bedingt (L. 10. § 5. D. de jure dotium), daher folgeweise nach der vermuthlichen Absicht der Parteien auch die Tradition. Die Usucapion ist also vor Eintritt der Ehe aus genau denselben Gründen wie bei anderen bedingten Traditionen ausgeschlossen. Die Bemerkung Sell's, „die usucapio pro suo müßte hier die Stelle der usucapio pro emtore und pro dote vertreten, eine solche doppelte Eigenschaft aber lege Paulus jenem vagen Usucapionstitel nicht bei", ist ebenso unnöthig als nichtssagend.

Sab. *Ubi* autem *conditionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse nec fructus ad eum pertinere;* vergl. L. 2. § 1. eodem.

12) L. 2. § 2. D. pro emtore (41. 4). Paulus l. 54 ad ed. Si sub condicione emptio facta sit, *pendente condicione emptor usu non capit.*

13) L. 2. § 3. eodem. Sabinus, *si sic empta sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia.* sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, emptio [1]) magis resolvetur quam implebitur.

Bei wirklichem dominium pendens ist ganz anders zu entscheiden. Wie bei begründetem Eigenthum des Auctors das Eigenthum des Successors in der Schwebe ist, so bei nicht begründetem Eigenthum des Auctors der Usucapionsbesitz des Empfängers. Entscheidet sich der Schwebezustand in für ihn günstigem Sinne, so muß für seine Usucapion die ganze Zwischenzeit mit in Betracht kommen. Freilich sind dafür unmittelbare Quellenbeweise meines Wissens nicht vorhanden; aber es liegen sämmtliche Voraussetzungen des Usucapionsbesitzes vor, wie der Einfachheit wegen an einem Beispiele gezeigt werden mag. Der Sclav Titius, welcher im Eigenthum des A und im Usufruct des B steht, hat eine Sache unter Stundung des Kaufpreises gekauft und tradirt erhalten. War der Verkäufer Eigenthümer, so entsteht dominium pendens, das Eigenthum ist entweder dem A oder dem B sofort erworben, je nachdem ob der Kaufpreis später aus des Einen oder des Anderen Vermögen bezahlt wird [2]). Hieraus geht unmittelbar hervor, daß der Eine oder der Andere auch sofort durch die Tradition juristischer Besitzer geworden sein muß; denn der Eigenthumserwerb durch Tradition setzt

---

[1]) Vergl. Mommsen's Pandekten-Ausgabe.

[2]) Vergl. oben S. 232 ff. und die daselbst citirten Stellen.

bekanntermaßen den Erwerb des juristischen Besitzes voraus. Zwar ist hin und wieder behauptet, der juristische Besitz könne überhaupt nicht in der Schwebe sein; allein diese Behauptung ermangelt jedes Quellenbeweises und jeder inneren Begründung [1]), vielmehr hat Jhering nachgewiesen, daß die Frage nach der Möglichkeit des Besitzes und des Eigenthums im römischen Recht durchweg in gleicher Weise beantwortet ist [2]).

Es steht somit fest, daß in unserem Beispiele der Titius dem A oder dem B den juristischen Besitz erworben hat, sei es neben dem Eigenthum, wenn er vom Eigenthümer, sei es ohne dieses, wenn er von einem Nichteigenthümer kaufte und tradirt erhielt. Damit ist die erste Voraussetzung des Usucapionsbesitzes gegeben. Daß es an einem justus titulus hier so wenig mangelt, wie wenn der Titius einfach im vollen Eigenthum des A gestanden hätte, unterliegt keinem Bedenken. Das gleiche aber ist von der bona fides zu sagen. Selbst wenn man mit der jetzt wohl allgemein aufgegebenen früheren Ansicht die bona fides für den Glauben Eigenthümer zu sein erklären wollte, so würde es sich immer noch fragen, ob nicht zu dem eventuellen (schwebenden) Usucapionsbesitz auch der Glaube eventuell Eigenthümer geworden zu sein, genüge. Keinenfalls aber widerstreiten die neueren Formulirungen, die posi-

---

[1]) Das bloße factische Haben, die Detention, kann als reine äußere Thatsache natürlich nicht in der Schwebe sein. Weshalb ich aber nicht eine Sache soll so detiniren können, daß ich sie für einen gewissen Fall für den A, für den entgegengesetzten Fall für den B detiniren will, (also z. B. für denjenigen zweier Gegner, der im Processe siegen wird), weshalb ferner ein entsprechender Wille des A und des B nicht denkbar sein sollte, vermag ich nicht einzusehen. Giebt man aber das zu, so sind die Voraussetzungen eines schwebenden juristischen Besitzes gegeben.

[2]) v. Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz in seinen Jahrbüchern, Bd. 9, vorzüglich S. 122 ff. „Wo Eigenthum, da auch Besitz.“ „Wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz.“ In Anwendung auf unseren Fall können wir hinzufügen: „Wenn schwebendes Eigenthum, auch schwebender Besitz.“



tiven, wie die negativen, unserer Annahme. Von A wie von B kann in unserem Beispiel gesagt werden, daß sie „die redliche Ueberzeugung haben, kein materielles Unrecht zu begehen“ [1]), daß sie „an das Eigenthum und die Dispositionsbefugniß des Auctors glauben“ [2]), daß sie „überzeugt sind, (eventuell) volente et concedente domino erworben zu haben und zu besitzen“ [3]); daß sie sich in „überlegter Redlichkeit befinden“ [4]), „kein unredliches Bewußtsein haben“ [5]), „weder von dem Unrechte des Auctors noch von den Fehlern des Erwerbsactes wissen“ [6]).

Die Anwendung des gefundenen Resultates auf die bedingte Tradition ist einfach. Entstände in der That in Folge derselben schwebendes Eigenthum, so wäre es pendente condicione ungewiß, ob der Empfänger sich im Usucapionsbesitze befinde. Durch Eintritt der Bedingung aber würde dies in bejahender Weise aufgeklärt und der Usucapionsbesitz des Erwerbers müßte vom Traditionsact an gerechnet werden.

Die angeführten Quellenstellen aber besagen das Gegentheil und liefern damit einen neuen Beweis der Nichtrückwirkung der Bedingung bei Traditionen. Sell schließt allerdings aus ihnen gerade auf Rückwirkung, aber nur vermöge einer Gleichstellung entgegengesetzter Begriffe. Er meint, „der Empfänger könne die Ersitzung zu seinem Vortheil vom Augenblick der Tradition an datiren, was durch accessio possessionis sive temporis vermittelt

---

1) Schirmer, Von der bona fides. Zeitschr. f. Civ. R. u. Pr. N. F. Bd. 15. S. 207 ff., namentlich S. 229. Windscheid, Pandekten. I. § 176.

2) Brinz, Pandekten. 2. Aufl. Bd. I. § 161.

3) Burckhard, Begriff und Beweis der bona fides u. s. w. Zeitschr. f. Civ. R. u. Pr. N. F. Bd. 21. S. 287 ff., namentlich S. 295.

4) Bruns, Das Wesen der bona fides. Berlin 1872, namentlich § 4, 5 u. 7; ähnlich Dernburg, Pand. I. § 194: „Die redliche Meinung, d. h. die Ueberzeugung ohne Unrecht den Besitz zu erlangen.“

5) Savigny, System III. S. 372.

6) Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus. Heidelberg 1852.

werde" [1]). Es ist aber einleuchtend, daß die accessio temporis, die Hinzurechnung fremden Ersitzungsbesitzes, gerade das Gegentheil ist von der Zurückerstreckung des eigenen Ersitzungsbesitzes, und es scheint kaum nöthig auf die practische Verschiedenheit der beiden hier als angeblich gleich behandelten Gegensätze (z. B. wenn der Tradent gar keinen Ersitzungsbesitz hatte) hinzudeuten.

Die angeführten 13 Stellen haben theils unmittelbar ausgesprochen, theils aus dem angegebenen Parteiwillen oder practischen Einzelentscheidungen den sicheren Schluß verstattet, daß in Folge der bedingten Tradition das Eigenthum erst mit Eintritt der Bedingung ohne jede Rückwirkung übergehe, und dieses Resultat wird nicht im geringsten durch die bisweilen im entgegengesetzten Sinne benutzte L. 38. § 1. D. de acqu. vel am. poss. (41. 2) erschüttert.

Julianus l. 44 dig. Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat si ipsius fundus esset, non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. hoc amplius existimandum est possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur, *neque aliter accipientis fiunt, quam condicio extiterit.*

Es bedarf keiner Erörterung, daß diese Worte mit der Annahme der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung in ganz gleicher Weise zusammenstimmen.

---

[1]) Diese kurze Fassung findet sich a. a. O. in der Inhaltsübersicht. S. XI. Im Text S. 139 ff. unterscheidet Sell zwar die beiden Begriffe „Rückwirkung in Bezug auf den eigenen Ersitzungsbesitz" und accessio possessionis in Bezug auf den Besitz des Tradenten, meint aber, „beides mache in den materiellen Wirkungen keinen Unterschied", was geradezu unrichtig ist, und erklärt trotz der Unterscheidung die Zulässigkeit der accessio possessionis für eine „Aeußerung der rückwirkenden Kraft der Bedingung", was ihn freilich consequenterweise dahin hätte führen müssen, die Bedingung nicht nur auf den Traditionsact, sondern auf den Beginn des Ersitzungsbesitzes des Tradenten (!) zurückwirken zu lassen, da die accessio possessionis, doch mindestens bis dahin reicht.



3) Die Frage, wem erworben wird, entscheidet sich nach dem Momente des Eintritts der Bedingung. Stirbt der Empfänger vorher, so ist die Tradition nichtig.

§. 61.

Ueber die Frage, nach welchem Zeitpunkte der Erwerb durch die bedingte Tradition beurtheilt werde, wenn zwischen Tradition und Bedingungseintritt ein Wechsel in den Gewaltverhältnissen stattfindet, haben wir kein auf die bedingte Tradition schlechthin bezügliches Beweisdocument; allein sie ist in den Aussprüchen über die suspensiv bedingte mortis causa donatio unter Ehegatten in völlig sicherer Weise mit entschieden, deren Verwendbarkeit für unsere Lehre freilich zuvor sicher gestellt werden muß. Eine mortis causa donatio kann bekanntermaßen sowohl so erfolgen, daß das Eigenthum gleich, als daß es erst im Moment des Todes übergehen soll. Auch unterliegt es keinem Zweifel, daß der Aufschub des Eigenthumsüberganges im letzteren Fall auf der von den Parteien gesetzten Suspensivbedingung (resp. dem darin liegenden dies incertus) beruht.

L. 2. i. f. D. de mortis c. don. (39. 6). Ulp. l. 32 ad Sab. si quis . . . . . *non sic det*, *ut statim faciat accipientis, sed tunc demum cum mors fuerit insecuta.*

L. 29. eod. Ulp. l. 17 ad ed. si quidem quis sic donavit, *ut, si mors contigisset, tunc haberet,* cui donatum est, ...

L. 11. § 1. D. de don. i. v. et ux. (24. 1) Ulp. l. (ea mortis causa donatio) quae *hoc animo* fit, *ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur,*

und damit stimmt überein, daß, wie die angeführten Stellen zeigen, die Wirkung hier die nämliche ist wie bei anderen bedingten Traditionen: Eigenthumsübergang im Moment des Eintritts der Bedingung ohne irgend welche Rückwirkung.

Auch die mortis causa donatio unter Ehegatten ist gültig,

sowohl wenn sofortiger, als wenn bis zum Tode hinausgeschobener Eigenthumsübergang beabsichtigt wird (L. 11. § 1. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1); allein die Wirkung ist im ersteren Falle nicht die gewöhnliche. Das Eigenthum kann hier nicht sofort übergehen, weil sonst der beschenkte Ehegatte in dem Fall, wo die Schenkung als mortis causa donatio nicht bestehen kann, dem Schenkungsverbot zuwider bereichert sein würde. Der Aufschub des Eigenthumsüberganges bis zum Tode des Schenkers ist aber ebenfalls unbefriedigend, weil er der auf sofortigen Eigenthumsübergang gerichteten Absicht der Parteien nicht gerecht wird. In diesem Dilemna greifen die römischen Juristen zu dem uns schon vielfach bekannten Hülfsmittel: Sie lassen das Eigenthum zwar nur übergehen, falls die mortis causa donatio sich als vollgültig erweist, aber mit Rückziehung auf den Moment der Tradition, oder genauer: Sie betrachten das Eigenthum vom Moment der Tradition an als schwebend, so daß erst durch den Tod oder die Reconvalescenz [1]) des Schenkers entschieden wird, ob der Beschenkte oder der Schenker inzwischen Eigenthümer waren.

L. 40. D. de mortis causa don. (39. 6). Papinianus l. 29 quaest. Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta *reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.*

Papinian spricht hier die Retrotraction der mortis causa donationes unter Ehegatten zwar als Regel aus, allein dabei ist die selbstverständliche, übrigens auch durch L. 11. § 1. D. de don. i. v. et ux. (24. 1) und andre später zu erwähnende Stellen be-

---

[1]) In Uebereinstimmung mit den Quellen, s. unten, wähle ich der Klarheit und Kürze halber diesen Ausdruck, den Jeder durch die weiter in Betracht kommenden Punkte (nicht früher erfolgter Tod des Beschenkten, regelmäßig auf Nichtwiderruf des Schenkers) zu vervollständigen, bezw. für die Fälle, wo die m. c. donatio nicht in Rücksicht auf eine bestimmte Todesgefahr gemacht ist, entsprechend zu modificiren vermag.

wiesene Ausnahme zu subintelligiren, „wenn nicht etwa die Parteien selbst die Wirkungen erst für den Moment des Todes des Schenkers beabsichtigen."

L. 11. § 1. cit. Ulp. l. 32 ad Sab. . . . . ea donatio . . . ., quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur . . . .

Etwa noch über die nähere Natur des von Papinian erwähnten Retrotractionsverhältnisses mögliche Zweifel werden durch zwei weitere Quellenaussprüche abgeschnitten.

L. 11. §. 9. D. de donat. i. v. et ux (24. 1) Ulp. l. 32 ad Sabinum. Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. plane *in quibus casibus placeat retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.*

Die Stelle beweist, daß in dem zweiten Falle, der uns hier allein interessirt, schwebendes Eigenthum angenommen wird, dergestalt, daß die beschenkte Ehefrau, falls sich später die mortis causa donatio als gültig erweist, vom Moment der Tradition als Eigenthümerin erscheint und also auch Eigenthum zu übertragen vermochte, während sie, falls die mortis causa donatio sich als ungültig herausstellt, niemals Eigenthümerin war und also auch kein Eigenthum übertragen konnte. Freilich in welchen Fällen ein solches retro agi donationem angenommen werde, wird uns nicht ausdrücklich gesagt; allein selbstverständlich sind es diejenigen, in denen die Parteien keinen Aufschub des Eigenthumsüberganges beabsichtigten.

L. 20. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1) Javolenus l. 11 epist. Si is servus, qui uxori mortis causa donatus est, priusquam vir decederet, stipulatus est, *in pendenti* puto esse *causam obligationis,* donec vir aut moriatur aut suspi-

cione mortis, propter quam donavit, liberetur: quidquid autem eorum inciderit, quod donationem aut peremat aut confirmet, id quoque *causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet.*

Der Jurist spricht von einer von dem geschenkten Sclaven auf den Namen der Frau [1]) abgeschlossenen Stipulation. Da eine solche nur gültig sein kann, wenn der Sclav im Moment der Stipulation der Frau gehörte, so ist (mit dem Eigenthum) auch die Stipulation in der Schwebe. Eigenthum der Frau und Gültigkeit der Stipulation hängen von der noch unentschiedenen Vollgültigkeit der mortis causa donatio ab. Daß die Stelle von einer einfachen unbedingten mortis causa donatio handelt, ergibt sich aus der Exposition „servus qui uxori mortis causa donatus est" und aus den angegebenen Wirkungen.

Es darf hiernach aus inneren Gründen wie nach den Aussprüchen der Quellen als feststehendes Resultat betrachtet werden, daß auch die Natur der mortis causa donatio inter virum et uxorem der Annahme voller Rückwirkung mit allen ihren Folgen, namentlich auch in Beziehung auf einen inzwischen erfolgten Wechsel der Gewaltsverhältnisse, keineswegs entgegensteht. Finden wir daher Quellenentscheidungen, welche in dieser Beziehung der Annahme der Rückwirkung widersprechen, so sind dieselben lediglich auf die von den Parteien gesetzte Suspensivbedingung (und den darin liegenden dies incertus) nicht aber auf die Besonderheiten der mortis causa donatio inter virum et uxorem zurückzuführen und deshalb unmittelbar für die Lehre von der bedingten Tradition zu verwerthen.

Eine solche Quellenstelle ist die nach mehr als einer Richtung

[1]) Hätte der Sclav in eigenem Namen stipulirt, so würde die Stipulation in jedem Falle gültig und nur die Frage, wem er erworben habe, ob der Frau oder dem Manne, in der Schwebe sein.



hochinteressante, aber bisher allzusehr vernachlässigte [1]) L. 11. D. de don. i. v. et ux. (24. 1). Freilich verlangt dieselbe, um klare Resultate zu liefern, eine Betrachtung und Interpretation ihres gesammten Inhaltes, während einzelne aus dem Zusammenhang gelöste Stücke zu mannigfachen Irrthümern verleiten.

Ulpianus l. 32 ad Sabinum. Sed interim res non statim fiunt ejus cui donatae sunt, sed tunc demum cum mors insecuta est: medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit.

Der Jurist scheint hier allgemein den Satz auszusprechen, daß das Eigenthum in Folge einer m. c. d. zwischen Ehegatten erst im Moment des Todes und zwar ohne Rückwirkung übergehe („tunc demum, cum"); allein da er selbst sogleich die Fälle ohne und mit Rückziehung („quando itaque non retro agatur donatio" § 2; „in quibus casibus placeat retro agi donationem" § 9) unterscheidet, so ist eine solche stricte Auslegung unmöglich. Der Widerspruch verschwindet, wenn wir annehmen, daß Ulpian vor den jetzigen Anfangsworten der Stelle von der suspensivbedingten mortis causa donatio gesprochen habe, auf welche die Worte des principium völlig genau passen. Damit stimmt auch überein, daß er sich im § 1 von der suspensivbedingten (non solum ea etc) zu allen anderen mortis causa donationes wendet (sed omnis mortis causa donatio), um auch ihre Gültigkeit zu bestätigen, und dann im § 2 sequ. zu der genaueren Besprechung der suspensivbedingten mortis causa donatio zurückkehrt. Selbst ohne eine solche Annahme sind übrigens Ulpians Worte in so fern gerechtfertigt, als Ehegatten eben in Folge des Schenkungsverbotes wohl fast regelmäßig die Wirkung der mortis causa donatio auf den Moment des Todes verschieben werden, Ulpian also stillschweigend von der solchergestalt bedingten Schenkung

[1]) Vergl. jedoch Glück, Bd. 26. S. 56 ff. und Fitting, Rückziehung, S. 109 ff.



ausgehen konnte, um erst später auch die Möglichkeit (§ 1) und die Wirkung (§ 9) der unbedingten hervorzuheben [1]).

§ 1. Sed quod dicitur mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut *non solum ea donatio valeat secundum Julianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio.*

„Nicht nur die suspensivbedingte, sondern jede mortis causa donatio zwischen Ehegatten ist gültig."

§ 2. Quando itaque non retroagatur donatio, emergunt vitia [2]), ut Marcellus animadvertit in specie hujusmodi. maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filium familias, qui a marito acciperet eique traderet: deinde, cum moritur maritus, paterfamilias invenitur: an valeat traditio? et aït consequens esse dici, traditionem valere, quia sui juris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur, id est cum maritus moriebatur.

Für die Interpretation dieses § ist zunächst festzuhalten, daß es sich um einen Fall, in dem keine Rückwirkung stattfindet („quando itaque non retroagatur donatio"), mit anderen Worten um einen

---

1) Weit weniger ansprechend ist die Annahme, daß Ulpian durch die Ausdrucksweise des Principium nur den sofortigen sicheren Eigenthumsübergang, nicht aber die Rückwirkung habe ausschließen wollen. So häufig derartige laxe Ausdrücke für Fälle des dominium pendens sich in der heutigen Rechtssprache finden, so selten sind sie bei den römischen Juristen.

2) Der Sinn ist: es treten Abweichungen von den gewöhnlichen Rechtsregeln ein (namentlich von der Regel, daß die Wirkung eines Vertrages nach dem Momente des Vertragsabschlusses beurtheilt wird.) Ueber den Gebrauch von vitium in diesem Sinne, s. l. 1. D. de reg. jur. (50, 17); vergl. auch Pothier, Pand. Just. II. ad h. t. Nro. 22. Note 1, Glücks, Commentar. Bd. 26. S. 57.

Fall der bedingten Tradition handelt, in dem die donatio hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur.

Sodann ist daran zu erinnern, daß hier und in den folgenden Paragraphen unter dem interpositus in Bezug auf den Besitz und Eigenthumserwerb nicht ein (directer) Stellvertreter sondern ein sog. „stiller Stellvertreter“ oder „Ersatzmann“ zu verstehen ist, welcher also das Eigenthum selbst erwirbt, um es dann wieder der Frau zu übertragen [1]). Hierfür spricht nicht nur, daß auch in den anderen Stellen, in denen eine interposita persona bei Schenkungen vorkommt, der Ausdruck in diesem Sinne gebraucht wird [2]), sondern besonders der § 7 und der § 8 unseres Fragmentes, wo ausdrücklich der Eigenthumserwerb für den interpositus [3]) erwähnt wird, so wie endlich der gesammte Inhalt unseres Fragmentes, der in seinem Zusammenhange bei Annahme directer Stellvertretung in Bezug auf den Eigenthumserwerb nicht bestehen kann.

Nach diesen beiden Feststellungen bietet der Sinn keine Schwierigkeit mehr dar: „Ein Ehemann will seiner Frau schenken. Sie schiebt zu diesem Zwecke einen Sohn vor, welcher sich vom Manne

---

[1]) So auch Anton Schulting, Notae ad dig. IV. ad h. t. pag. 294: „ut fieret dominus, cum onere restituendi.“ Glück, Bd. 26. S. 57; Scheurl, Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 2. S. 22 ff.

[2]) Zu weit geht, wie Jhering mit Recht bemerkt (Jahrbücher f. Dogmatik. II. S. 72 ff.), Scheurl (daselbst S. 19 ff.), wenn er in dem Ausdruck interposita persona stets eine technische Bezeichnung des Ersatzmannes findet, (vergl. dagegen z. B. L. 32. § 4. D. de adm. et peric. (26. 7). L. 3. pr. D. ratam rem. (46. 8.)). Das im Texte gesagte wird bewiesen durch L. 12. pr. D. si quis in fraudem (38. 5). L. 14. D. quae in fraudem. (42. 8). L. 5. pr. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1). L. 11. § 7. u. 8. eodem. Uebereinstimmend wohl auch Jhering, welcher „gern einräumt, daß die Stellen vorzugsweise diesen Fall im Sinne haben.“

[3]) § 7: „quia debeat aliquo momento *interpositi fieri* et sic ad mulierem transire.“ § 8: „mortua muliere confestim fundus *efficietur ejus, quem maritus interposuit.*“



das Eigenthum tradiren lassen und es ihr dann wieder restituiren soll. Dieser Sohn aber ist noch in der väterlichen Gewalt des Mannes und es wird ihm dergestalt tradirt, daß das Eigenthum im Moment des Todes des tradirenden Ehemannes übergehen soll. Würde hier die Frage, wem Eigenthum erworben wird, nach dem Moment der Tradition beurtheilt, so müßte die Tradition nichtig sein; der Jurist aber erklärt sie für gültig, weil der Sohn in dem Moment, wo die Tradition wirkt, d. h. im Moment des Todes des Ehemanns, gewaltfrei ist, oder mit anderen Worten: Die Wirkung der bedingten Tradition wird, wenn zwischen Traditionsact und Eintritt der Bedingung eine Veränderung in den Gewaltverhältnissen stattgefunden hat, nach dem Moment des Eintritts der Bedingung beurtheilt.

Dieselbe Entscheidung, gleichfalls in Beziehung auf die mortis causa durch bedingte Tradition, findet sich für verschiedene Fälle in den § 3, 4 und 5 ausgeführt, welche hiernach keiner Interpretation mehr bedürfen.

§ 3. Idem aït: placuisse scio Sabinianis, si filiae familias uxori maritus tradet, donationem ejus cum omni suo emolumento fieri, si vivo adhuc marito sui juris fuerit effecta, quod et Julianus libro septimo decimo digestorum probat.

§ 4. Proinde et si uxor marito filio familias mortis causa tradat, et is viva adhuc uxore [1]) sui juris effectus sit, sine dubio dicemus ipsius fieri.

§ 5. Per contrarium quoque si uxor donaverit mortis causa patrifamilias marito et mortis ejus tempore filiusfamilias inveniatur, patri erit nunc emolumentum quaesitum.

Zweifel könnte erst wieder der § 6 erregen:

---

[1]) Vergl. Mommsen's Pandekten-Ausgabe.

§ 6. Consequenter Scaevola apud Marcellum notat, si servum interposuit mulier, ut ei tradatur mortis causa, isque adhuc servus dederit mulieri, deinde mortis tempore liber inveniatur, tantundem esse dicendum.

Daß auch hier eine bedingte Tradition vorliegt und der Moment des Todes entscheiden soll, kann nach dem ganzen Zusammenhange und zumal wegen des „Consequenter" wie wegen der Schlußworte „tantundem esse dicendum" keinem Zweifel unterliegen. Danach wird dem interpositus im Moment des Todes des Tradenten, wo er schon frei ist, Eigenthum erworben. Nur ist die Frage, ob das Eigenthum auch sofort von ihm wieder auf die Frau in Folge der bereits vorangegangenen (isque adhuc servus dederit mulieri) Tradition übergehe. Ich glaube diese Frage bejahen zu sollen. Der Gedankengang scheint mir der zu sein: Wie für die (bedingte) Tradition an den interpositus (§ 2.) oder an die Frau oder den Mann direct (§ 3. — 5.) der Moment des Todes entscheidet, so auch für die (bedingte) Tradition vom interpositus an die Frau. Zur Gültigkeit der letzteren genügt es also, wenn der interpositus im Moment des Todes (ad quod traditio redigitur) Eigenthümer geworden ist, was ja hier zutrifft.

Das so gefundene Resultat: „Bei der bedingten Tradition genügt es, wenn Tradent im Moment des Eintritts der Bedingung Eigenthümer ist", wird später seine juristische Rechtfertigung finden.

§. 7. Idem Marcellus tractat, si is qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere, quia debeat aliquo momento interpositi [1]) fieri et sic ad mulierem transire.

Diese Worte führen ebenfalls den Grundgedanken der § 2.—6. weiter aus: Die Frau hat einen interpositus gestellt, welchem der

---

[1]) Die Handschriften haben interposito.

Mann dergestalt tradirt hat, daß das Eigenthum mit eintretendem Tode übergehen soll. Der interpositus verstirbt, nachdem er den Schenkgegenstand der Frau herausgegeben hat, noch bei Lebzeiten des Mannes. Hier kann der interpositus nicht Eigenthümer werden, weil er im Moment des Todes (des Eintritts der Bedingung) nicht mehr lebt. Ebenso wenig aber — und das ist das Neue was uns hier entgegentritt — kann das Eigenthum auf die Erben des interpositus übergehen. Die Schenkung kommt also nicht zu Stande. Ausdrücklich wird uns freilich nur das letztere gesagt; allein es ist sofort klar, daß dieser Ausspruch „donationem evanescere", unrichtig wäre, wenn das Eigenthum mit dem Tode des Mannes auf die Erben des interpositus überginge, welche dann aus der von ihrem Erblasser contrahirten Mandatsobligation der Frau zur Herausgabe verpflichtet sein würden. [1])

Da wir auch hier in gleicher Weise und aus ganz denselben Gründen berechtigt sind, aus dem Ausspruch über die bedingte mortis causa donatio auf die bedingte Tradition überhaupt einen Schluß zu ziehen, so kommen wir zu dem Satze: „Die bedingte Tradition erlischt, wenn der Empfänger vor Eintritt der Bedingung verstirbt." Freilich würden wir zu diesem Resultate auch ohne besonderes Zeugniß auf Grund der im § 2.—6. erörterten Grundregel haben gelangen müssen. Was noch nicht dergestalt erworben ist, daß die Veränderung der Gewaltverhältnisse einflußlos bleibt, das ist auch noch nicht so erworben, daß es sich vererben könnte und umgekehrt. Dieser Parallelismus begegnet uns überall bei befristeten und bedingten Obligationen (erworben und

---

[1]) Die Unvererblichkeit des Mandates steht natürlich dem nicht im Wege. Die Erben des Mandatars sind auch dann verpflichtet, den aus den von ihrem Erblasser übernommenen Geschäften resultirenden Gewinn herauszugeben, wenn ihnen derselbe etwa erst nach dem Tode des Mandatars zufällt. Das ist nicht Vererbung des Mandatsverhältnisses, sondern der erworbenen (wenn gleich noch pendenten) Einzelobligation ex mandato.



vererblich), bei bedingten Legaten (nicht erworben, nicht vererblich) bei befristeten Legaten (erworben und vererblich). Während bis hierher der Jurist ununterbrochen trotz des Wechsels der Fälle auf ein und demselben Boden steht (bedingte Tradition an einen interpositus des Beschenkten (§ 2.), an den Beschenkten selbst (§ 3.—5.), an den interpositus des Beschenkten § 6. und 7. erster Fall), geht er nun mit scharfem Gegensatz zu dem Fall über, wo der Schenker Jemanden interponirt und demselben das Eigenthum unbedingt tradirt hat mit dem Auftrage, seinerseits wieder dem zu beschenkenden Ehegatten zu tradiren.

Quod ita procedit, si ea cui donabatur, eum interposuit, non is qui donabat. porro si a marito interpositus est, *et res ipsius statim facta est, et* si ante mortem mariti tradiderit et decesserit, *traditio ejus egit aliquid, ut tamen haec traditio pendeat donec mors sequatur.*

Da hier durchaus kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß der interpositus, dem unbedingt tradirt wurde, seinerseits der Frau nur bedingt sollte tradirt haben, so würde hier von dem Schenkungsverbot abgesehen die Sache folgendermaßen liegen. Der interpositus wird sofort durch die Tradition Eigenthümer und macht die Frau wieder durch seine Tradition an sie sofort zur Eigenthümerin. Das letztere aber erleidet durch das Schenkungsverbot, wie eben erörtert, in so fern eine Modifikation, als die Frau nur pendentes Eigenthum erwirbt. Mit anderen Worten: Erlebt sie den Tod des Mannes, so wird klar, daß sie schon im Zeitpunkt der zweiten Tradition Eigenthümerin geworden war, und daran kann der mittlerweile erfolgte Tod des interpositus nichts ändern.

Der einzige Punkt, der, so weit ich übersehe, noch einen Zweifel übrig ließe, ist, wie der Jurist dazu kommt, gleichsam wie selbstverständlich zu supponiren, daß die Tradition an den interpositus des Beschenkten bedingt (ut tunc ejus res fiat, cum mors inse-

quetur), die Tradition an den interpositus des Schenkers dagegen unbedingt geschehen sei; allein die Lösung ist, meine ich, leicht genug. Dem Mandatar meiner Frau, der ich nur auf den Todesfall schenken kann, werde ich vermuthlich auch nur für den Fall des Todes, also bedingt, tradiren. Wollte ich dagegen meinem eigenen Mandatar im gleichen Falle nur bedingt tradiren, so wäre das geradezu zweckwidrig. Er würde dann nämlich erst im Moment meines Todes Eigenthümer werden, also zu einer Zeit, wo das Mandat, meiner Frau zu tradiren, bereits erloschen ist. Die Schenkung käme also nicht zu Stande.

Ganz dementsprechend stellt der Jurist denn auch in dem nun folgenden § 8. beide Arten des interpositus einander noch einmal in etwas veränderter Gestaltung des Falles gegenüber.

§ 8. Si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet eaque defuncta invitis heredibus ejus Titius marito dederit, interest utrum a muliere sit interpositus Titius an vero a marito cui donabatur: si a muliere interpositus est, obligabit se condictione, si marito tradiderit, si autem a marito sit interpositus, *mortua muliere* confestim fundus *efficietur ejus* quem maritus interposuit et actionem ipse maritus cum eo habebit.

Die (unbedingte) Tradition an den interpositus des schenkenden Ehegatten macht den interpositus sofort zum Eigenthümer. Derselbe ist also auch im Stande, nach dem Tode des Schenkers ohne oder wider Willen der Erben den beschenkten Ehegatten durch Tradition zum Eigenthümer zu machen; allein er macht sich dadurch ersatzpflichtig, da das ihm ertheilte Mandat mit dem Tode seines Mandanten erloschen ist (obligabit se condictione). Die (bedingte) Tradition an den interpositus des Beschenkten dagegen macht den interpositus beim Tode des Schenkers zum Eigenthümer. Ex mandato aber ist er dem Beschenkten zur Herausgabe verpflichtet,

und von einer Haftung den Erben des Schenkers gegenüber kann nicht die Rede sein.

Nachdem so, theilweise unter Zuhülfenahme eines **interpositus**, die Wirkungen der bedingten und der unbedingten, unter Ehegatten zum Zweck einer **mortis causa donatio** vorgenommenen Tradition nach den verschiedensten Seiten erörtert sind, stellt der Jurist beide Fälle einander noch einmal in einem einfachen Falle gegenüber: Eine Frau hat vom Manne **mortis causa** tradirt erhalten und die Sache noch vor dem Tode des Mannes weiter tradirt. Wie steht es mit der Wirkung dieser zweiten Tradition? Es ist zu unterscheiden: In dem gewöhnlichen Fall (wo bedingt tradirt ist, so daß das Eigenthum erst beim Tode übergehen soll) ist die zweite Tradition nichtig, weil die Frau im Moment derselben noch nicht Eigenthümerin war. In dem selteneren Fall der unbedingten Tradition dagegen hat die Frau sofort pendentes Eigenthum erworben. Auch die von ihr vorgenommene Tradition ist also in gleicher Weise in der Schwebe.

§. 9. Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. plane in quibus casibus placeat retroagi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.

Damit ist der Inhalt der L. 11., soweit er für uns in Betracht kommt, erklärt. Die Resultate aber lohnen, ganz abgesehen von dem für die **mortis causa donatio** daraus zu ziehenden Gewinn, reichlich die aufgewandte Mühe.

1) Die bedingte Tradition überträgt Eigenthum erst im Moment des Eintritts der Bedingung, was freilich schon durch eine Reihe von anderen Quellenaussprüchen feststand.

2. Für die Frage, wem erworben wird, entscheiden die Gewaltverhältnisse zur Zeit des Eintrittes der Bedingung, ein Satz, der

30*

auch durch die L. 44. D. de mortis causa don. (39. 6); (vergl. L. 23 eod.) eine weitere Bestätigung erhält. [1])

3. Die bedingte Tradition tritt nur in Wirksamkeit, wenn der Empfänger den Eintritt der Bedingung erlebt.

4. Die bedingte Tradition ist wirksam, wenn der Tradent auch erst pendente conditione das Eigenthum erwirbt.

4) Wird die Wirkung der Tradition durch pendente condicione eintretenden Tod oder Wahnsinn des Tradenten verhindert?

§. 62.

Ueber die uns hier vorliegende Frage enthalten die Digesten bekanntlich zwei wenigstens anscheinend entgegengesetzte Entscheidungen. Julian verneint sie schlechthin. Ulpian bejaht sie principiell, läßt aber, wenn es sich um eine dos handelt, wenigstens

---

[1]) L. 44. cit. Paul l. 1. manualium. Si servo mortis causa donatum sit, videamus cujus mors inspici debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. sed magis ejus inspicienda est, cui donatum esset. sed tamen post mortem ante apertas tabulas testamenti manumissum haec donatio non sequitur. Nach der L. 23. D. de mort. c. d. (39. 6.) ist für die Frage, wessen Tod entscheide, des beschenkten Sclaven oder des Herrn, als Kriterium gesetzt, ob mehr die Beschenkung des Sclaven beabsichtigt wurde, oder ob die Absicht darauf ging, dem Herrn zu schenken, so daß man sich nur zu diesem Zwecke des Sclaven bediente. Paulus hat nun in unserer L. 44, wie es scheint, einen Fall im Auge, wo diese Absicht nicht mit Sicherheit eruirt werden kann, und er entscheidet sich dahin, daß mehr „magis" auf den Tod desjenigen zu sehen sei, dem geschenkt wurde, worunter namentlich auch unter Berücksichtigung der folgenden Worte wohl der Sclave zu verstehen ist. Erlebt daher der Sclave den Tod des Schenkers, so tritt die mortis causa donatio in Kraft, und zwar erwirbt er seinem d e r m a l i g e n (im Moment des Todes) Herrn. (Ist er vorher manumittirt, so erwirbt er sich selbst). Wird er aber erst nach dem Tode, sei es auch noch vor Eröffnung des Testamentes, manumittirt, so kann das auf den im Moment des Todes bereits zu Gunsten des Herrn eingetretenen Erwerb keinen Einfluß mehr haben.

unter Umständen eine auf den favor dotium gegründete Ausnahme eintreten.

L. 2. § 5. D. de donat. (39. 5) Julianus l. 60 dig. Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, *ea* tamen *condicione, ut tunc demum mea fieret, cum Sejus consul factus esset: sive furente eo sive mortuo Sejus consulatum adeptus fuerit, mea fiet.*

L. 9. § 1. D. de jure dotium (23. 3) Ulpianus l. 31 ad Sab. Si res alicui tradidero, ut nuptiis secutis dotis efficiantur, et ante nuptias decessero, an secutis nuptiis dotis esse incipiant? et vereor, ne *non possint in dominio ejus effici cui datae sunt, quia* post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et *cum sequitur condicio nuptiarum, jam heredis dominium est,* a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. sed benignius est favore dotium necessitatem imponi heredi consentire ei quod defunctus fecit aut, si distulerit vel absit, etiam nolente vel absente eo dominium ad maritum ipso jure transferri, ne mulier maneat indotata.

Daß der Schlußsatz der L. 9. § 1., von „aut, si distulerit" an, eine flagrante Inconsequenz enthält, bedarf wohl kaum der Ausführung. „Das Eigenthum kann nicht ipso jure übergehen, favore dotium wird aber eine Obligation der Erben (consentire ei quod defunctus fecit) angenommen. Wenn sie indeß zögern dieselbe zu erfüllen oder abwesend sind, so geht das Eigenthum doch ipso jure über." Das ist in Kurzem der Sinn, und ein solcher mit einer Obligation nicht etwa allgemein, sondern nur für den Fall der Verzögerung oder Abwesenheit aushülfsweise verbundener Uebergang des Eigenthums ist im klassischen Recht ohne jede Analogie und deutet meines Erachtens mit Bestimmtheit auf die oberflächliche, schwachsichtige Billigkeit der späteren Zeit, welche angeblich sich darbietende Härten

nur durch willkürliche Singularitäten zu corrigiren vermag. Ich glaube also hier, mit sehr großer Wahrscheinlichkeit auf eine Interpolation schließen zu dürfen, um so mehr, da Justinian bekanntlich in ähnlicher, freilich doch noch weniger willkürlicher Weise den ipso jure Rückfall der Dotalsachen bei Verarmung des Mannes oder Trennung der Ehe verordnet hat.

Uebrigens ist die Frage, ob wir die besprochene unleidliche Inconsequenz den Compilatoren oder Ulpian zuschreiben wollen, für unsere Untersuchung nicht von hervorragender Wichtigkeit, wohl dagegen die andre, ob die principielle Entscheidung Ulpians mit derjenigen Julians vereinigt werden könne oder nicht. Eine kurze Beleuchtung der gemachten Versuche ist nicht zu umgehen, da die Vereinigung noch in neuerer Zeit überwiegend für möglich erklärt, ja noch vor Kurzem in einer besonderen Schrift ausführlich vertheidigt ist [1]).

Der schon von der Glosse erwähnte Versuch die L. 9. § 1. aus der Theorie der Innominatcontracte und dem sog. Reurecht zu lösen, welcher von den Postglossatoren mehrfach acceptirt und in manchmal recht wunderlicher Weise ausgeführt ist, erscheint von vorn-herein als verfehlt; denn selbst abgesehen davon, daß die Dosbestellung überhaupt kein Innominatcontract ist und ferner die Rückforderung (Reurecht!) der vor Eingehung der Ehe dotis causa übergebenen Dotalgegenstände nicht nur nach der Eingehung der Ehe, wovon doch hier allein die Rede ist, sondern selbst vor derselben ausgeschlossen ist, es sei denn das Verlöbniß gelöst [2]); so kann das nur obligatorisch wirkende Reurecht doch niemals erklären, weshalb der

---

1) Grueber, Der Versuch einer Erklärung der L. 9. § 1. D. de jure dotium. (23. 3).

2) L, 7. § 3. D. de jure dotium. (23. 3). L. 8. D. de cond. causa dat. c. n. s (12. 4). L. 10. D. de sponsal. (23. 1); vergl. L. 44, 80 u. 83. D. de jure dot. (23. 3).

dingliche Traditionsvertrag hier die nach L. 2. § 5. anzunehmende regelmäßige Wirkung nicht habe.

Nicht besser steht es mit des Cujacius Annahme, daß in der L. 2. § 5. die Bedingung vor dem Erbschaftsantritt, in L. 9. § 1. dagegen nach dem Erbschaftsantritt erfüllt sei[1]). Schon Savigny[2]) hat dieselbe als nicht allein ganz willkürlich, sondern in der That gar nichts erklärend zurückgewiesen, so daß sie heutzutage von Niemand mehr vertheidigt wird.

Savigny[3]) erklärt die L. 9. § 1. aus der lex Cincia. Er glaubt nämlich annehmen zu dürfen, daß Ulpian ursprünglich von einer res mancipi gesprochen habe, welche wegen der Unmöglichkeiit bedingter Mancipation oder Injurecessio nur tradirt worden sei. Hier könne die Schenkung auch nach der Erfüllung der Bedingung sowohl vom Donator selbst als (wovon hier wieder aus zufälligen Gründen allein die Rede sei) von den Erben desselben zurückgenommen werden. Die Erklärung scheitert, ganz abgesehen davon, daß sie von einer unbewiesenen Annahme ausgeht, schon daran, daß die allein behandelte Frage, ob das Eigenthum bei Erfüllung der Bedingung übergehe (vereor ne non possint *in dominio ejus effici;* jam heredis *dominium* est, *a quo discedere rerum non posse dominium* invito eo fatendum est), doch vernünftiger Weise gar nicht hätte aufgeworfen werden können, wenn in der That von einer nur tradirten res mancipi die Rede gewesen wäre. Sodann aber zeigt die Begründung Ulpians (jam heredis dominium est etc.) ganz unwiderleglich, daß gerade der von Savigny als zufällig und irrevelant bezeichnete Umstand, daß der Donator nicht mehr lebt und es sich um seinen Erben han-

---

1) ad lib. 60. Dig. Juliani, ad L. 2. § 3. u. 4. D. de jure dot. Opp. ed. Venet. Mut. VI. p. 399.

2) Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. IV. S. 53. ff.

3) a. a. O. S. 56—58; vergl. System, Bd. IV. S. 154. Note r.

delt, der entscheidende ist. Ferner ist die Annahme, daß die lex Cincia sich auf die datio dotis bezogen haben müsse [1]), während sie bei der promissio dotis ausgeschlossen war, aus inneren und äußeren Gründen ganz unglaublich. Und nach alledem hätte sich Savigny noch mit dem Satze „morte donatoris lex Cincia removetur" auseinander zu setzen.

Auch Sell's [2]), sich in ähnlicher Weise auch bei anderen findende [3]) Meinung, daß in der Uebergabe der zur Dos bestimmten Sachen an den Mann eigentlich ein Mandat an diesen liege, dieselben der Frau zu geben, um sie von ihr wieder zur Dos zu erhalten, erweist sich als völlig unbrauchbar. Denn es ist kaum ein Satz des Dotalrechtes gewisser, als daß, wenn ein Dritter die Dos gibt, dieser und nicht die Frau der wahre Besteller ist.

Huschke [4]) will nach dem Vorgange von Faber [5]) und Schulting [6]) den Widerspruch dadurch lösen, daß in der L. 9. § 1. ein dies enthalten sei („daß das Eigenthum derselben mit dem Anfang der abzuschließenden Ehe übergehen soll"), während die L. 2. § 5. D. de donat. (39. 5) von einem dies incertus an et quando rede, bei dessen Eintritt, wie gewöhnlich, Rückziehung stattfinde. Allein es ist sofort klar, daß die „condicio nuptiarum" nicht weniger einen dies incertus an et quando enthält als die Bedingung, „cum Sejus consul factus erit", und ferner, daß auch in der L. 2. § 5. jede Rückziehung sowohl nach dem Willen der Parteien (ut tunc demum mea fieret) als nach der Entscheidung Julians (mea fiet) ausgeschlossen ist.

---

1) Savigny sieht sich zu dieser Annahme in der That genöthigt, S. 57, 58.

2) Bedingte Tradition S. 124. ff., namentlich S. 128.

3) Darüber Grueber a. a. O. S. 9. ff.

4) Zeitschr. f. Civilrecht u. Proceß. Bd. XX. S. 173.

5) De erroribus pragmaticorum etc XLVII. 4.

6) Notae ed. Smallenb. IV. p. 238. ff.

Nach Strempels[1]) Ansicht spricht die L. 9. § 1. nicht von einer bedingten Eigenthumstradition, sondern von einer nur faktischen Uebergabe des Besitzes an den Bräutigam unter der lediglich obligatorischen Verabredung, daß man ihm das Eigenthum später, wenn die Ehe zu Stande komme, übertragen wolle. Allein diese Erklärung scheitert schon an der Exposition des Falles. Die Worte „tradidero, ut secutis nuptiis dotis efficiantur" müssen schlechterdings von einer Bedingung verstanden werden, Ulpian nennt sie selbst „condicio nuptiarum", während Strempel die Bedingung völlig eliminiren will. Und ferner: In dem von Strempel supponirten Falle hätte Ulpian gar nicht auf den Zweifel kommen können, ob (ohne vorangegangene Eigenthumstradition) bei Schließung der Ehe das Eigenthum auf den Ehemann übergehe. Strempel behauptet freilich um Ulpians Frage zu erklären: Wenn der Tradent bei Eingehung der Ehe noch am Leben gewesen wäre, würde ohne weitere Willenserklärung das Eigenthum (durch stillschweigende Tradition) übergegangen sein; allein auch das ist nicht richtig; denn daraus, daß man eine Tradition für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht stellte, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, daß man sie, als nun dieser spätere Zeitpunkt herangekommen, auch wirklich gewollt und diesen Willen stillschweigend erklärt habe.

Nach der früher mehrfach gebilligten[2]), neuerdings von Grueber[3]) ausführlich vertheidigten Ansicht des Donellus[4]) ist unter dem aliquis im Beginn der Stelle nicht der zukünftige Ehemann,

---

[1]) Ueber die justa causa bei der Tradition S. 69—74.

[2]) So von Gothofredus, von Glück. (Kommentar. Bd. XV. S. 349), anfangs auch von Jhering. (Kritische Jahrbücher, Bd. XI. S. 895. ff.), welcher jedoch diese Ansicht später mit Recht aufgegeben hat. (s. unten).

[3]) Erwin Grueber, Der Versuch einer Erklärung der L. 9. § 1. D. de jure dotium. (23. 3).

[4]) Comm. XVI. 23. § 10.

sondern ein Dritter zu verstehen, dem die Sachen nur factisch, nicht zu Eigenthum übergeben werden mit dem Mandat, sie nach Eingehung der Ehe dem Manne als dos zu geben. Daß hier der Mandatar nach dem Tode des Mandanten wegen Erlöschens seiner Vollmacht kein Eigenthum mehr übertragen kann, ist allerdings einleuchtend; aber die ganze Annahme ist mit der Ausdrucksweise Ulpians m. E. nicht zu vereinigen. Schon die Eingangsworte: „Si res alicui tradidero, ut secutis nuptiis dotis efficiantur“ verletzen, von einem Mandat verstanden, das Stilgefühl durch die schwerfällige und unklare Wendung ins Passivum, während das logische Subject des Nebensatzes vorher genannt ist (alicui) [1]), durch das mangelnde „ab eo“ und durch den zum mindesten ungewöhnlichen Gebrauch von effici.

Dazu kommt, daß Ulpian in der L. 7. § 3. D. eod., welche demselben Buche von Ulpians Sabinuscommentar entnommen ist und höchst wahrscheinlich mit der L. 9 in unmittelbarem Zusammenhang stand [2]), die gleiche Redewendung von einer durch die nachfolgende Ehe bedingten Dotaltradition an den Mann gebraucht hat.

---

[1]) Der natürliche Ausdruck wäre gewesen „si res alicui tradidero, ut secutis nuptiis eas in dotem det“.

[2]) Der nur durch die eingeschobene L. 8. unterbrochene Gedankengang ist folgender:

„L. 7. § 3. Die von der Frau dem Manne zur dos gegebenen Gegenstände werden bei unbedingter Tradition sogleich, bei durch Eingehung der Ehe bedingter Tradition mit der Eheschließung sein Eigenthum. L. 9. pr. Sind die Sachen der Frau gegeben, damit sie die dos bestelle, so geht das Eigenthum, auch bevor sie die dos giebt, gleich auf die Frau über. Gebe ich für die Frau die dos, so geht, wenn ich unbedingt tradirte, gleich (condicere eas debebit nuntio misso), bei durch Eingehung der Ehe bedingter Tradition zur Zeit der Eheschließung das Eigenthum über (potero vindicare). § 1. Gebe ich unter Bedingung der Ehe und sterbe ich vor der Eheschließung, so kann das Eigenthum bei der Eheschließung nicht übergehen u. s. w.“

Es ist sonach wohl nicht nothwendig auf die von Grueber aus dem Zusammenhange für seine Ansicht hergeleiteten Argumente näher einzugehen.

. . . . . si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, efficiuntur [1]); enim vero si hac condicione dedit, *ut tunc efficiantur, cum nupserit* etc.

Es ist doch kaum glaublich, daß Ulpian dieselben Worte in einem völlig verschiedenen Sinne gebraucht, durch sie hier Bedingung, dort Mandat habe ausdrücken wollen.

Geradezu seltsam aber erscheint mir von dem Standpunkte Donells die Frage „an secutis nuptiis dotis esse incipiant.“ Nicht darum, ob die Sachen nach Eingehung der Ehe anfangen dos zu sein, sondern darum, ob sie zur dos gegeben werden können, handelt es sich ja nach Donell. Wollte Ulpian nicht den nächstliegenden und einfachsten Ausdruck „an nuptiis secutis in dotem dari possint“ gebrauchen, so mußte er mindestens die stattgefundene Uebergabe an den Mann, die allererste Voraussetzung seines Eigenthumserwerbes, erwähnen. Das unterläßt er, und damit nicht genug, er wählt sogar den Ausdruck, „dotis esse incipere“, welcher nicht das „zur dos gemacht werden“, sondern das „von selbst anfangen dos zu sein“ in höchst characteristischer Weise bezeichnet, und welchen Ulpian selbst in nächster Nähe gerade in diesem letzteren Sinne gebraucht hat.

L. 7. § 3. eod. „ut secutis nuptiis incipiant esse (sc. viri.)“

Nicht besser aber steht es mit der Antwort Ulpians. Die unbestimmte Bezeichnung der Person (ejus, cui datae sunt) war stilistisch gut, wenn die oben ebenfalls unbestimmt bezeichnete Person (alicui) gemeint war, stilistisch schlecht aber und verwirrend, wenn Ulpian eine andere im Sinne hatte. In diesem Falle mußte er „mariti“ schreiben. Ferner das „datae *sunt*“ ist stilistisch richtig, wenn es sich auf die anfänglich erwähnte Uebergabe bezieht, dagegen ein grober, auch bei sonst laxer Behandlung der consecutio tem-

---

1) Ueber die Verbesserung der Lesart s. Mommsen's Pand. Ausg.

porum an dieser Stelle unleiblicher Fehler, wenn es sich um eine nach (oder bei) der Eheschließung stattfindende Uebergabe handelt. In diesem Falle mußte es „datae *erunt*“ heißen. Ganz das gleiche aber gilt von der Begründung.

Wenn von einer bedingten Dosbestellung gesagt wird „*pendet* donatio“, so verstehen wir das; seltsam aber wäre dieser Ausdruck, wo nur der Auftrag gegeben ist, eventuell eine dos zu bestellen. Mit einem Worte die Erklärung Donells kann nur bestehen, wenn man annimmt, daß Ulpian sich nicht nur an einer Stelle, sondern durchweg in stilistisch schlechter oder geradezu unrichtiger, sachlich dunkler oder geradezu incorrecter Redeweise bewegt habe und dabei unglücklicher Weise gerade immer auf Ausdrücke und Wendungen verfallen sei, die einen von Ulpian nicht gewollten Sinn stilistisch gut und sachlich correct entwickeln, und die er zum Theil selbst in diesem anderen Sinne soeben noch gebraucht hatte.

Unter solchen Umständen ist es wohl kaum nöthig, noch daran zu erinnern, daß auch das Resultat der Donell'schen Auslegung: „Das Mandat, eine dos zu bestellen, ist favore dotium für den Tod des Mandanten überdauernd und (obgleich vom Mandanten frei widerruflich) die Erben bindend erklärt“, für sehr bedenklich gehalten werden muß.

Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 9, meint im Falle der L. 9. § 1. cit., sei das ganze Rechtsgeschäft vor Eingehung der Ehe selbst wohl nicht völlig existent (?). Jede Eigenthumsberedung setze eine Causalberedung voraus (?), welche zur Existenz des Rechtsgeschäftes gehöre (?). Das Geben dotis nomine setze aber eine bestehende Ehe voraus (doch nicht der Eigenthumsübergang!). Komme die beabsichtigte Ehe nicht zu Stande, so komme auch die beabsichtigte Causalberedung nicht zu Stande (?). Bis zur Eingehung der Ehe sei also das beabsichtigte Rechtsgeschäft, das Dotalbestellungsgeschäft (?) noch nicht existent, und gehe folglich nicht auf die Erben über.

Ich kann diese Begründung in keiner Beziehung für zutreffend halten. Sie hält zunächst die Eigenthumstradition und ihre causa nicht auseinander. Die Tradition ist ein abstracter Act, welcher keine Causalberedung voraussetzt, also z. B. gültig ist, wenn etwa in Folge von Mißverständnissen über die Causalberedung kein Einverständniß erzielt ist. Die Causalberedung gehört nicht zum Traditionsvertrag. Dies gilt von der bedingten Tradition ebenso gut wie von der unbedingten. Ist daher die Dotaltradition unter der Bedingung „si nuptiae sequantur“ erfolgt, so ist das lediglich eine bedingte abstracte Tradition, die nach den gewöhnlichen Regeln über die bedingten Traditionen beurtheilt werden muß. Die Ehe kommt hier nur als Bedingung, nicht als Causalberedung in Betracht, und der Unterschied von L. 2. § 5. D. de don. (39. 5) ist unerklärt.

Stellen wir uns aber einmal auf den Standpunkt Karlowa's und nehmen wir an, daß die Tradition eine Causalberedung voraussetze und daß diese zum Traditionsgeschäft gehöre, so heißt das mit anderen Worten: „die Tradition ist ein individuell characterisirter Act, oder genauer „Es giebt keine einheitliche (abstracte) Tradition, sondern nur eine ungezählte Reihe individuell characterisirter Traditionen, Kauftradition, Schenktradition, Dotaltradition u. s. w. Daraus würde folgen:

1) daß die Tradition von der Gültigkeit des unterliegenden Geschäftes („Causalberedung“) abhänge, daß also bei unmöglicher, unsittlicher, verbotener Causa, bei dissensus in causa das Geschäft nichtig sei, was bekanntlich unrichtig ist, da in allen diesen Fällen nur condictiones nicht vindicationes zustehen.

2) für unseren Fall, daß jede Dotaltradition nur Eigenthum übertrage, falls die Ehe zu Stande komme. Karlowa sucht der letzteren Consequenz dadurch zu entgehen, daß er hervorhebt, bei der unbedingten Dotaltradition werde „ob causam futurum“ gegeben, allein ist denn unsere bedingte Tradition in L. 9. § 1. cit.

nicht auch eine Tradition ob causam futuram? Und wenn zur unbedingten Tradition eine Causalberedung über eine causa futura genügt und die Existenz des Geschäftes nicht hinausschiebt, weshalb denn nicht ebenso bei der bedingten Tradition? Erfordern vielleicht die bedingten Traditionen gegenüber den unbedingten ein causales plus? Und wie nun im folgenden Falle? Ich tradire dotis nomine für eine nichtige, aber von mir irrthümlich als bestehend angenommene Ehe? Hier liegt keine causa futura vor, geht also vielleicht auch hier kein Eigenthum über? [1])

Meines Erachtens ist die Bezeichnung des Falles und die gegebene Entscheidung in beiden Stellen sowie die in der L. 9. § 1. außerdem noch beigefügte Begründung so klar und jeden Zweifel ausschließend, daß auch etwaige andre Vereinigungsversuche keine Aussicht auf Erfolg versprechen. Die (sei es ursprünglich vorhandene, sei es erst durch Interpolation entstandene) Antinomie [2]) wird

---

[1]) Um nicht zu Mißverständnissen Anlaß zu geben, will ich gleich hier bemerken, daß ich allerdings auch annehme, daß Ulpian die bedingte Tradition (aber jede, nicht etwa nur die der L. 9. § 1. cit.) für ein unvollendetes Geschäft hält; aber mit der causa steht das nicht im mindesten Zusammenhange.

[2]) Die Annahme eines wahren Widerspruchs findet sich schon bei Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung S. 18. Anmerk.; Czyhlarz, Beitrag z. Erkl. der L. 9. § 1. D. de jure dot. (23. 3), Zeitschr. f. C. u. Pr. N. F. XX. S. 287 ff.; v. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte in seinen Jahrbüchern X. S. 529 ff.; v. Vangerow, in der 7. Aufl. der Pandekten, I. S. 148. Noch in der 6. Aufl. I. S. 164 glaubte Vangerow den Unterschied dadurch erklären zu können, daß es sich in der L. 9. § 1. um eine condicio juris handele, bei welcher keine Rückziehung stattfinde. Allein erstens ist das Zustandekommen der Ehe für die dotis causa geschehene Eigenthumsübertragung, um die es sich hier allein handelt, ganz unzweifelhaft keine condicio juris (L. 7. § 3. L. 8. L. 9. pr. D. de jure dotium 23. 3); sodann ist es durchaus unrichtig, daß bei condicionis juris stets die Rückwirkung ausgeschlossen sei; (vergl. Enneccerus, Ueber den Begriff u. s. w. S. 126—129 und die daselbst citirten Stellen; zustimmend. Windscheid, Pand. I. § 91, Note 1 am Ende); endlich aber ist auch in L. 2. § 5. cit. jede Rückwirkung ausgeschlossen.

nicht um jeden Preis aus der Welt zu schaffen, sondern in ihren inneren Gründen zu erklären sein, was sogleich bei der Gesammtbeurtheilung der Wirkungen der bedingten Tradition geschehen soll.

5) Construction der Wirkungen der bedingten Tradition. Practische Würdigung derselben.

§. 63.

Stellen wir uns bei der Beurtheilung der Frage, welchen Einfluß der pendente condicione erfolgte Tod oder Wahnsinn des Tradenten habe, auf den principiellen Standpunkt Ulpians in L. 9. § 1. D. de jure dot., nehmen wir also an, daß die Tradition wirkungslos bleibt, so ergibt sich der vollständigste Zusammenhang zwischen allen in den §§ 60, 61 und 62 entwickelten Regeln über die bedingte Tradition. Dieselbe ist alsdann einstweilen als unvollendetes, nur successive entstehendes Rechtsgeschäft aufzufassen (oben § 30), welches erst im Moment der eintretenden Bedingung durch den nun noch fortdauernden Willen der Parteien abgeschlossen wird. Aus dieser Construction ergibt sich nämlich von selbst:

1) Daß das Eigenthum erst im Moment der eintretenden Bedingung übergehen kann, da ja erst in diesem Moment das Traditionsgeschäft vollendet ist (vergl. oben § 60 und § 61. S. 467. Nr. 1.).

2) Daß die Frage, wem erworben wird, ob dem Empfänger selbst oder dessen Gewalthaber, nur nach dem Moment der eintretenden Bedingung entschieden werden kann (oben S. 467. Nr. 2.).

3) Daß die Tradition nur vollendet wird und wirken kann, wenn der Empfänger im Moment des Eintritts der Bedingung noch lebt (oben S. 468. Nr. 3) und, wie wir trotz Mangels eines Quellenzeugnisses unbedenklich hinzufügen dürfen, noch willensfähig ist.

4) Daß die Tradition auch dann wirksam ist, wenn der Tra-

dent im Moment des äußeren Traditionsactes noch gar nicht Eigenthümer war, es aber zur Zeit der eintretenden Bedingung, also in dem Zeitpunkt wo die Tradition durch den fortdauernden Willen der Parteien in Wahrheit abgeschlossen wird, geworden ist (oben S. 468. Nr. 4.).

5) Daß der pendente condicione eintretende Tod oder Wahnsinn die Vollendung des Geschäftes also den Eigenthumsübergang hindert (L. 9. § 1. cit.).

Diese Beobachtung im Zusammenhange mit dem allgemeinen Gesetze der Simultanität führt zu der Annahme, daß wir die L. 9. § 1. de jure dot. für das klassische Recht als die entscheidende Stelle zu betrachten haben. Auch die Fassung derselben bestätigt dies. So wahrscheinlich es ist, den in den Schlußworten für den Fall der Abwesenheit oder Zögerung des Erben ausnahmsweise angeordneten Uebergang des Eigenthums auf eine Interpolation zurückzuführen [1], so sicher beruht die anfängliche principielle Entscheidung nicht auf der Hand der Compilatoren, sowohl weil sie aus rationellen Gründen entwickelt ist, als weil sie dem im Sinne der Compilation offenbar erwünschten Gesammtresultat widerspricht.

Der L. 2. § 5. D. de donat. gegenüber ist alsdann ein doppelter Standpunkt möglich.

1) Entweder wir betrachten dieselbe als so, wie sie in den Digesten steht, von Julian geschrieben. Dann müssen wir annehmen, daß schon Julian, obgleich die bedingte Tradition zu seiner Zeit im übrigen als unvollendetes Geschäft behandelt wurde, doch die Erklärung des Tradenten bereits als feste, von seinem fortdauernden Willen, seinem Leben und seiner Willensfähigkeit unabhängige Erklärung aufgefaßt habe.

Das aber ist bei der völligen Isolirtheit einer derartigen Erscheinung im classischen Recht höchst unwahrscheinlich, und keinenfalls

---

[1]) Vergl. oben S. 469.

ist Julian mit einer solchen Ansicht durchgedrungen, wie die Art und Weise zeigt, in der Ulpian den entgegengesetzten, ihm anscheinend selbst nicht erwünschten Grundsatz als nicht zu umgehende Wahrheit hinstellt (jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est).

2) Oder wir betrachten die L. 2. § 5. D. de donat. (39. 5) als interpolirt, was mir als das weit wahrscheinlichere erscheint.

In beiden Fällen aber haben wir uns zu entscheiden, ob wir für das Justinianische Recht der L. 2. § 5. oder der L. 9. § 1. cit. den Vorzug geben wollen. Für die L. 9. § 1. spricht, daß sie sich, wie wir gesehen haben, mit den sonst für unvollendete Geschäfte angenommenen Grundsätzen in Uebereinstimmung befindet. Die L. 2. § 5. dagegen zeigt die höhere und freiere Auffassung; denn es bedeutet einen Fortschritt, daß der Privatwille eine feste, von der Fortdauer dieses Willens, der Willensfähigkeit und des Lebens unabhängige Erklärung abzugeben vermag für die Fälle, in denen die Wirkung erst für einen späteren Zeitpunkt beabsichtigt ist oder eintreten kann. Außerdem aber läßt die L. 9. § 1. selbst das Drängen nach dieser freieren Auffassung erkennen; denn eine solche wird, wenn auch nur ausnahmsweise und für den Nothfall favore dotium auch in ihr zur Anerkennung gebracht. Auch in ihr zeigt sich also das Wanken des alten Principes, der beginnende Ersatz desselben durch ein neues.

Freilich ist dieses neue Princip im röm. Recht erst in seinen Anfängen zu bemerken; stärker aber ist es im heutigen Recht, wie namentlich die handelsrechtlich bereits anerkannte und civilrechtlich unzweifelhaft bald zur Anerkennung gelangende bindende Kraft der Offerte, sowie deren Unabhängigkeit von Leben und Willensfähigkeit des Offerenten und Oblaten zeigt [1]. Dement-

[1]) Entwurf eines bürgerl. Ges.-Buches § 80 u. 89.

sprechend ist denn auch für die bedingte Tradition eine fortschreitende Entwicklung bis zu der Anerkennung derselben als eines festen, vom Willen und Leben beider Parteien nicht mehr abhängigen und gleichwohl erst beim Eintritt der Bedingung den Eigenthumsübergang bewirkenden Geschäftes zu erwarten.

Für das justinianische Recht aber werden wir uns darauf beschränken müssen, die bedingte Tradition im allgemeinen noch als unvollendetes Geschäft zu behandeln und eine Ausnahme nur in der Beziehung anzunehmen, daß die Wirkung der Traditionserklärung den fortdauernden Willen des Tradenten nicht mehr voraussetzt, also bei Eintritt der Bedingung stattfindet, auch wenn der Tradent inzwischen gestorben oder willensunfähig geworden sein, oder, dürfen wir unbedenklich hinzusetzen, seine Traditionserklärung widerrufen haben sollte.

Zum Schluß ist mit kurzem Wort der Frage zu gedenken, ob die pendente condicione separirten Früchte, auch wenn die Bedingung eintritt, dem Tradenten erworben sind. Dieselbe ist in Consequenz der bisherigen Ausführungen zu bejahen. Jedoch kann selbstverständlich von den Parteien etwas Anderes, d. h. daß sie mit tradirt sein sollen, festgesetzt sein, und nicht selten wird eine solche Willensmeinung aus der Ueberlassung des factischen Besitzes in der Zwischenzeit ohne besondere Erklärung gefolgert werden können.

§. 64. Anhang. Die befristete Tradition.

Die Quellen enthalten kein Beispiel einer Tradition sub die certo, und im Leben dürfte dieselbe äußerst selten vorkommen, da Zwecke, bei denen man an eine befristete Tradition denken könnte, meist auf andere Weise klarer und zutreffender sich werden erreichen lassen (z. B. durch unbefristete Eigenthumsübertragung mit Nießbrauchsvorbehalt). An der Möglichkeit der befristeten Tradition

ist indessen nicht zu zweifeln, da die Tradition sub die incerto, wie wir gesehen haben, anerkannt ist, und gegen die Zulässigkeit auch des dies certus kein ersichtlicher Grund vorliegt.

Die Wirkung der befristeten Tradition ist nach Analogie der sub die incerto erfolgten zu beurtheilen und bedarf in keiner Weise besonderer Erläuterung.

VI. Andere bedingte und befristete voluntare Rechtsgeschäfte.

1) Servitutenbestellung, Emphyteuse und Superficies.

§. 65.

Personalservituten können nicht nur durch Legat [1]), sondern auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden unter einem Anfangstermin oder einer Suspensivbedingung eingeräumt oder bei der Uebertragung von Eigenthum vorbehalten werden. Für die Deduction ist dies selbst bei der Mancipation und Injurecession ausdrücklich bezeugt Fr. Vat. § 50, ebenso für die Bestellung durch Adjudication durch den Ausspruch Ulpians in L. 16. § 2. D. fam. herc. (10. 2) obgleich, wie wir aus Fragm. Vat. § 49 erfahren, Paulus anderer Ansicht war [2]); und wenn allerdings, wie bei jeder in jure cessio, so auch bei der in jure cessio usufructus oder usus Bedingung und Anfangstermin ausgeschlossen waren und, dennoch hinzugefügt, Nichtigkeit des Actes bewirkten, so war das lediglich eine Folge der strengen Geschlossenheit der alten Legisactionsformen und

---

[1]) Fragm. Vat. § 49.; L. un. § 3. D. quando dies ususfr. (7. 3). L. 39. § 5. D. de evict. (21. 2). L. 30. pr. D. de usu et usufr. (33. 2).

[2]) Näheres in meiner Schrift: Ueber Begriff und Wirkung der Suspensivbedingung. S. 16 ff. S. 36 ff.

der speciellen Gestaltung der Vindicationsform [1]), mit deren präsenter Rechtsbehauptung Bedingung und Anfangstermin einen Widerspruch gebildet haben würden. Mit dem Wegfall der alten Form ist also auch diese Beschränkung gefallen, und der Ausspruch des Paulus in L. 4. D. de usufructu (7. 1). „Ususfructus in multis casibus pars dominii est, et exstat, quod vel praesens vel ex die dari potest" zur allgemeinen Wahrheit geworden und unbedenklich auf die Suspensivbedingung auszudehnen. Die Wirkung der bedingten oder befristeten vertragsmäßigen Bestellung einer Personalservitut kann erst später besprochen werden.

Prädialservituten [2]) konnten durch Legat ebenfalls sub die oder condicione bestellt werden, und die Bedingung oder der dies wirkte ipso jure, das legirte Recht kam also nicht vor dem Eintritt der Bedingung oder des dies zur Entstehung, wie aus L. 3. D. de servitute legata (33. 3) mit Sicherheit gefolgert werden kann. Die Bestellung einer Prädialservitut unter Lebenden dagegen bringt das dingliche Recht trotz beigefügter Bedingung oder Befristung sofort zur Entstehung. Nur steht der Geltendmachung desselben vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins eine exceptio doli vel pacti entgegen.

Das Gesagte wird bewiesen durch die an anderem Orte [3]) ausführlich unter Abweisung abweichender Ansichten interpretirte L. 4. D. de servitutibus (8. 1).

Papinianus l. 7 quaest. Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus neque sub condicione neque ad certam condicionem (verbi gratia 'quamdiu volam')

---

1) Fr. Vat. § 49. 318; näher ausgeführt a. a. O. S. 30. 37; vergl. S. 28 ff.

2) Ueber das Folgende, insbesondere über die Interpretation der angeführten Stellen und abweichende Ansichten ist meine oben angeführte Schrift. S. 62—83 zu vergleichen.

3) Suspensivbedingung. S. 62 ff.

constitui possunt: sed tamen si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti; idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

Die Erklärung dieser Erscheinung wird, soweit sie sich auf die in gleicher Weise wirkende, uns hier nicht interessirende Hinzufügung eines gewissen oder ungewissen ('quamdiu volam') Endtermins bezieht, zutreffend darin befunden, daß die ihrer Natur nach nicht auf eine Zeitdauer beschränkten, die sog. ewigen Rechte keine zeitliche Schranke vertragen und daher, wenigstens nach neuerem Recht, wenn sie auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit errichtet werden, ipso jure als unbeschränkte entstehen, während die Festsetzung des Endtermins nur mit Hülfe einer exceptio zur Wirksamkeit gelangt [1]).

Was aber den Anfangstermin und die Suspensivbedingung betrifft, so habe ich an anderem Orte [2]) gezeigt, daß keine der bisher aufgestellten Erklärungen als ausreichend betrachtet werden kann.

Aus den Grundlagen der jetzigen Untersuchung löst sich dagegen das Räthsel ganz von selbst, und die Lösung dient diesen Grundlagen zu einer weiteren Bestätigung.

Nach dem Gesetze der Simultanität kann die gewollte Rechtswirkung bei Geschäften unter Lebenden nur im Moment des Geschäftsabschlusses eintreten. Eine solche Gleichzeitigkeit aber scheint durch den beigefügten Anfangstermin oder die Bedingung ausgeschlossen. Um die drohende Nichtigkeit des Geschäftes zu vermeiden, gibt es drei Mittel:

1) Man betrachtet die bedingte oder befristete Servitutenbestellung als unvollendetes Geschäft, welches erst beim Eintritt des dies oder der Bedingung durch den noch fortdauernden Willen der

---

[1]) Vergl. z. B. Czyhlarz, Lehre von der Resolutivbedingung. S. 8 ff.

[2]) Enneccerus, Suspensivbedingung. S. 68—82.

Parteien abgeschlossen wird. Daß dieses Mittel (ähnlich wie bei der bedingten Tradition) nöthigenfalls anwendbar gewesen, daß es wenigstens nicht mit der Natur der Servitutenbestellung im Widerspruch gewesen sein würde, beweist die L. 18. D. comm. praed. (8. 4), da dieselbe sogar bei Injurecessionen von Servituten die successive Entstehung des Rechtsgeschäftes zuläßt [1]). Aber dieser Weg der Aufrechterhaltung des Geschäftes hätte den großen Uebelstand mit sich geführt, daß nun das Geschäft bis zum Eintritt des dies oder der Bedingung von dem fortdauernden Leben und Willen der Parteien abhängig gewesen, also einstweilen nicht zu fester Existenz gelangt sein würde (oben S. 246 ff.).

2) Ein zweites Mittel die befristete und die bedingte Servitutenbestellung mit dem Gesetze der Simultanität in Einklang zu bringen, scheint gefunden, indem man sie in der gleichen Weise wie den befristeten oder bedingten obligatorischen Vertrag behandelt. Man betrachtet demnach die unter einem Anfangstermin eingeräumte Servitut als ein sofort bestehendes, aber in seinem Inhalt modificirtes Recht, nämlich das Recht von dem Anfangstermin an über die Sache in der dem Servitutrecht entsprechenden Weise zu herrschen [2]). Es entstände sonach aus der befristeten Servitutbestellung sofort eine befristete Servitut, ein präsentes Recht beispielsweise des Inhalts, das Grundstück vom nächsten Jahre an in der betreffenden Weise zu beherrschen. Bei bedingten Servitutenbestellungen aber käme hinzu, daß dieses befristete (sub die incerto stehende) Recht zunächst nur als pendentes zu Stande käme [3]). Allein dem römischen Rechte ist eine solche Construction bei dinglichen Rechten (von dem später zu besprechenden Pfandrecht abgesehen)

[1]) Vergl. oben S. 246 ff., S. 270.

[2]) Ganz entsprechend dem oben S. 311 und 329 von dem befristeten obligatorischen Vertrage Gesagten.

[3]) Ganz wie oben S. 336 bezüglich der obligatorischen Verträge entwickelt.

fremd geblieben. Das Gebilde einer befristeten Obligation erscheint als durchaus natürlich. Der obligatorische Vertrag (auch der unbefristete) und ebenso der Inhalt der Obligation enthält dem Gedanken nach mit Nothwendigkeit ein zeitliches Element. Ein sich Verpflichten oder ein Verpflichtetsein ohne irgend welche Bindung oder Gebundenheit in Bezug auf die Zeit wäre überhaupt kein sich Binden und keine Gebundenheit [1]). Es ist stets ein „gleich," oder ein „dann" in bestimmterer oder unbestimmterer Weise mitgedacht. Die Hinzufügung eines dies ist nur eine genauere zeitliche Präcisirung des ohnehin in die Zukunft fallenden, den Gegenstand der Obligation bildenden Actes, gerade wie die Hinzufügung der Ortsbestimmung nur die genauere örtliche Präcisirung des ohnehin nothwendig an irgend einem Orte erfolgenden Actes bedeutet. Ganz anders beim dinglichen Recht (immer vom Pfandrecht abgesehen). Dieses richtet sich nicht auf einen oder einzelne (momentane oder dauernde) Rechtsausübungsacte, sondern es bewirkt ein allgemeines Unterworfensein einer Sache unter die Herrschaft einer Person, sei es in allen (Eigenthum), sei es in gewissen Beziehungen. Es wäre also ein dem Inhalte des dinglichen Rechtes ganz fremdes Element, wenn man in das dingliche Recht die Beschränkung aufnehmen wollte, daß der Berechtigte nur von einem zukünftigen (gewissen oder ungewissen) Zeitpunkte ab über die Sache herrschen dürfe. Das römische Recht ist daher niemals zur Annahme befristeten Eigenthums oder befristeter Servituten gekommen.

Bei Prädialservituten verbietet sich die Annahme einer Servitut, deren Inhalt es wäre, daß dem Berechtigten erlaubt sei, vom Augenblick des Eintritts einer Bedingung oder eines dies an eine gewisse Herrschaft über das dienende Grundstück auszuüben [2]), noch aus einem anderen Grunde. Das römische Recht betrachtete die

[1]) In anderem Zusammenhange ist dies schon S. 213 berührt.

[2]) Vergl. Suspensivbedingung. S. 80.

Prädialservitut als eine **qualitas praedii**, eine durch das Medium der Berechtigung künstlich geschaffene Eigenschaft des Grundstücks,

L. 86. D. de V. S. (50. 16) Celsus l. 5 dig. Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo?

L. 23. § 2. D. de serv. praed. rust. (8. 3). Paulus l. 15 ad Sab. Si fundus serviens vel is cui servitus debetur publicaretur, utroque casu durant servitutes, quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

L. 12. D. quemadmodum serv. (8. 6). Celsus l. 23 Dig. . . . . fundus enim qualiter se habens ita, cum in suo habitu possessus est, jus non deperit, ...

und zwar bedurfte das ältere Recht dieser Auffassung, um die Verknüpfung der Servitut mit dem herrschenden Grundstück zu erklären [1]). Wie die natürlichen Eigenschaften des Grundstücks selbstverständlich jedem Erwerber zu Gute kommen, so auch die durch das Mitel des Servitutrechts künstlich erzeugte Eigenschaft der Zugänglichkeit (Wegegerechtigkeit), Feuchtigkeit (Aquäduct) u. s. w. Diese Auffassung aber verbietet einen Inhalt der Servitut, welcher sich nicht als natürliche Eigenschaft des Grundstücks denken läßt, und es liegt auf flacher Hand, daß es keine Grundstücke gibt, welche beispielsweise die Eigenschaft haben, von einem bestimmten Zeitpunkte an oder wenn Titius Consul wird zugänglich oder wasserreich zu sein.

3) Die wirklich vom römischen Recht gewählte Auffassung vermeidet diese Hindernisse (2) und Mängel (1). Das Servitutrecht entsteht gleich, der Ausübung aber steht bis zum Eintritt der Befristung oder Bedingung eine **exceptio doli vel pacti** entgegen. Damit geht allerdings das Recht theoretisch über die von den Par-

1) Ueber noch andere Folgen dieser Auffassung vergl. Suspensivbedingung. S. 77 ff.

teien beabsichtigten Wirkungen hinaus; aber auch nur theoretisch, nicht practisch, weil die Einrede nicht nur, wie vielfach angenommen wird, dem Besteller und seinen Erben, sondern auch jedem Singularsuccessar zu Gute kommt (arg. L. 17. § 5. D. de pactis (2. 14). So ist, und zwar anscheinend schon nach classischem Recht, die vertragsmäßige bedingte oder befristete Servitutenbestellung als ein sofort bindendes, von der Fortdauer der Lebens- und der Willensfähigkeit der Parteien unabhängiges Geschäft unter Wahrung des Principes der Simultanität auf einem Umwege anerkannt. Wir haben ein neues jener künstlichen Mittel [1]) kennen gelernt, durch welche das Recht ein auf dem gewöhnlichen Wege nicht erreichbares Postulat zu befriedigen weiß.

Für die Eigenthumstradition war der gleiche Weg nicht gangbar, weil die dem Tradenten nach der Absicht der Parteien bis zum Eintritt der Bedingung oder des dies und, wenn die Bedingung nicht eintritt, sogar dauernd verbleibende Willensherrschaft durch eine bloße exceptio in keiner Weise verbürgt erscheint. Aber auch beim Nießbrauch (und Gebrauchsrecht) finden wir kein directes oder indirectes Anzeichen für die gleiche Behandlung wie bei den Prädialservituten. Im Gegentheil spricht die nackte Versicherung des Paulus, der Nießbrauch könne ex die eingeräumt werden (L. 4. D. de usufr. 7. 1), während es von den Prädialservituten heißt, sie könnten ipso jure nicht ex die u. s. w. eingeräumt werden (L. 4. D. de serv. 8. 1), gegen die gleiche Behandlung. Es bleibt daher nur die Annahme übrig, daß die vertragsmäßige bedingte oder befristete Bestellung des Nießbrauchs wie die Eigenthumstradition als unvollendetes Geschäft aufgefaßt wurde, welches erst beim Eintritt des Termines oder der Bedingung durch den fortdauernden Willen der Parteien seinen Abschluß erlangt, und dies wird bestätigt durch die in L. 4. de serv. als Grund der Zulässigkeit des

[1]) Oben S. 233 und v. Jhering, Geist des röm. Rechts. III. §. 58.



dies hervorgehobenen Vergleichung des Nießbrauchs mit einem Theile des Eigenthums.

Noch weniger wie bei der Nießbrauchsbestellung kann es bei der bedingten oder befristeten Einräumung von Emphyteuse oder Superficies zweifelhaft sein, daß wir die Analogie der Eigenthumstradition anzuwenden haben.

2) Pfandbestellung.

§. 66.

Das Pfandrecht enthält wie die Obligation eine Spannung auf die Zukunft; es gewährt das Recht, in einem zukünftigen Momente sich den Werth des Pfandobjectes in Anrechnung auf eine Forderung anzueignen. Wie dem Obligationsbegriffe fügt sich daher auch dem Pfandrechtsbegriffe ein Anfangstermin aufs allerbeste ein. Die befristete Verpfändung erzeugt sofort ein befristetes, d. h. in seinem Inhalte modificirtes Pfandrecht, das Recht sich den Werth des Pfandobjectes frühestens beim Eintritt des Anfangstermines in Anrechnung auf die Forderung anzueignen. Die bedingte Verpfändung erzeugt das gleiche Recht sofort als schwebendes; mit anderen Worten, der Eintritt der Bedingung zeigt, daß schon im Moment der Verpfändung ein (freilich befristetes) Pfandrecht entstanden war.

Diese den obligatorischen Verträgen vollkommen analoge Behandlung des Pfandvertrages wird nicht nur durch den gesammten Zusammenhang unserer bisherigen Untersuchung mit Nothwendigkeit gefordert, sondern ist auch für alle diejenigen, welche die Entstehung des Pfandrechtes für die Priorität als maßgebend erachten, quellenmäßig bezeugt, und zwar für die befristete Verpfändung durch

L. 12. § 2. D. qui potiores (20. 4) Marcianus. Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est: unde si in diem de hypotheca convenit,

dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

für die bedingte Verpfändung durch

L. 9. § 1. D. qui pot. (20. 4) Africanus. Amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit, si modo non ea condicio sit, quae invito debitore impleri non possit.

Nach der ersteren Stelle datirt bezüglich der Priorität das befristete, nach der zweiten das bedingte Pfandrecht nach dem Moment des Pfandvertrages.

Wir schließen, daß das Pfandrecht in diesem Moment auch entstanden sei (bei der bedingten Verpfändung natürlich vorausgesetzt, daß die Bedingung später eintritt). Bei einer isolirten Betrachtung nur des Pfandrechtes könnte allerdings auch die Annahme als gleichberechtigt erscheinen, daß zunächst nur ein die Parteien bindendes Verpfändungsgeschäft vorliege, dessen zukünftige Wirkungen zwar gegen Benachtheiligung durch Verfügungen des Verpfänders gesichert seien, aber doch erst in einem späteren Zeitpunkte (bei Eintritt des dies oder der condicio) zur Existenz kämen. Allein unsere Untersuchungen haben gezeigt, daß eine solche Trennung des vollendeten Geschäftes und seiner Wirkungen bei negotia inter vivos nicht oder allerhöchstens in wenigen Ausnahmsfällen [1]) vorkommt, und hier, wo sich in der angegebenen Weise Alles dem Princip der Simultanität gemäß und dem practischen Bedürfniß entsprechend gestaltet, eine solche besondere Ausnahme anzunehmen, liegt nicht der geringste Grund vor.

Ist die Bedingung der Verpfändung von dem Willen des Verpfänders in der Weise abhängig, daß die Absicht des Verpfänders, sich in Bezug auf die Verpfändung dieser Sache sofort zu binden,

---

[1]) Oben § 32.

ausgeschlossen erscheint [1]), so ist die Verpfändung ein unvollendetes Geschäft, welches erst durch die Erfüllung der Bedingung, d. h. durch den sich in derselben offenbarenden Verpfändungswillen abgeschlossen wird. Das Pfandrecht entsteht also erst bei Eintritt der Bedingung und datirt bezüglich der Priorität erst von diesem Momente (L. 9. § 1. cit.). Dies haben die Römer auch im Falle der Verpfändung der inducenda und inferenda von Seiten des Pächters angenommen.

L. 11. § 2. D. qui potiores (20. 4) Gajus. Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.

Zwar ist hier die Absicht, sich zu binden, nicht geradezu ausgeschlossen. Man könnte sagen, der Pächter wolle sich in sofern binden, als er keinen Gegenstand in das Grundstück einbringen könne, ohne an ihm ein Pfandrecht zu begründen. Denkbar wäre es also allenfalls gewesen, das Pfandrecht vom Verpfändungsacte zu datiren, d. h. mit anderen Worten an allen beweglichen Sachen des Verpfänders sofort schwebende, von der dereinstigen Einbringung in das Grundstück abhängige Pfandrechte anzunehmen. Daß das römische Recht diesen Weg nicht gegangen ist, beruht wohl darauf, daß die Auswahl der zu verpfändenden Objecte erst durch die Induction erfolgt, also erst jetzt nach der Absicht der Parteien der Verpfändungsact wirklich beendet ist. „Non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est.“

---

1) Vergl. oben § 29, VI. u. § 30, III. u. IV.

Was das Rechtsverhältniß während des Schwebens der Bedingung betrifft, so scheint der bedingte Pfandvertrag eine Besonderheit zu bieten, indem bereits vor dem Eintritt der Bedingung die actio hypothecaria für zuläßig erklärt wird.

L. 13. § 5. D. de pign. (20. 1) Marcianus l. 1 ad form. hypoth. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt 'si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit.'

Allein diese Besonderheit ist nur eine formelle. Die Klage ist, wie die Stelle zeigt, nur auf Caution gerichtet und wir dürfen unbedenklich ergänzen, daß auch diese Caution wie bei bedingten obligatorischen Verträgen nur ex justa causa verlangt werden kann. Daß aber auf die Bestellung dieser Caution mit der actio hypothecaria geklagt werden kann, während bei obligatorischen Verträgen die Contractsklage pendente condicione ausgeschlossen ist, resultirt lediglich aus der in factum concipirten Formel der actio hypothecaria. Daß eine Pfandberedung stattgefunden hat, ist auch bei der bedingten Verpfändung wahr (während das Vorhandensein einer Forderung pendente condicione nicht behauptet werden kann), und außerdem ist es für wahrscheinlich zu halten, daß im Falle der bedingten Verpfändung die Bedingung in die Formel mit aufgenommen wurde. Die Formel der actio hypothecaria war also auch pendente condicione durchaus zutreffend; aber freilich schloß das freie arbitrium des Richters das auferri hypothecam aus und erklärte nur das durch gerechte Gründe gestützte Verlangen einer Sicherstellung für billig.

3) Rechtsaufhebende Verträge.

§. 67.

1) Die bedingte oder befristete vertragsmäßige Aufhebung einer Prädialservitut wirkt nicht ipso jure (arg. L. 4. D. de serv. 8. 1), sondern dem Berechtigten steht nur vom Eintritt der Befristung oder Bedingung an eine exceptio doli vel pacti entgegen. Bei Personalservituten und ebenso bei Emphyteuse und Superficies dagegen wird, da dieselben eine zeitliche Beschränkung in sich aufzunehmen vermögen [1]), das Recht mit einer temporären Schranke behaftet [2]), so daß es mit Eintritt der Befristung oder Bedingung endigt. Die gleiche Wirkung ist auch bei der betagten oder bedingten Aufhebung eines Pfandrechtes anzunehmen, da auch dieses eine temporäre Schranke zuläßt.

L. 6. pr. D. quib. mod. pign. solv. (20. 6) Ulp. Item liberatur pignus, sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est. sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus. cfr. L. 63. D. de fidej. (46. 1.)

Hier entsteht indessen die Frage, ob das Pfandrecht vor Eintritt des dies oder der Bedingung des Pfandverzichtes geltend gemacht werden könne. Dieselbe ist bezüglich des dies certus unzweifelhaft zu bejahen [3]); denn welchen Sinn hätte es beispielsweise,

---

[1]) Fr. Vat. § 48, 50. L. 16. § 2. D. fam. her. (10. 2) und andern Stellen; vergl. Czyhlarz, Resolutivbedingung. S. 10. Anm. 1. a, ferner L. 1. § 3. D. de superficiebus (43. 18), L. 3. D. si ager vectigalis (6. 3), L. 31. D. de pign. (20. 1).

[2]) Der Nießbrauch enthält nun nur das Recht, die Sache beispielsweise bis zum 1. Jan. nächsten Jahres oder bis zum Eintritt der gesetzten Bedingung zu gebrauchen.

[3]) Ueber die Frage, ob in einem solchen Falle die Ausübung des Pfandrechtes vor dem Eintritt des dies bereits beendigt, also der Pfandverkauf durchgeführt sein müsse, oder ob es, was unzweifelhaft das Richtige ist, genüge, die

nur vom nächsten Jahre an auf das Pfandrecht zu verzichten, wenn nicht den, für das laufende Jahr die Ausübung des Pfandrechts noch vorzubehalten. Beim bedingten Pfandverzicht dagegen wird die Absicht der Parteien meistens eine andere sein. Wer erklärt, wenn der Schuldner eine erwartete Erbschaft mache, oder ein gewisses Staatsamt bekomme, auf ein bestehendes Pfandrecht verzichten zu wollen, thut dies vermuthlich in dem Sinne, daß zunächst die Entscheidung der Bedingung abgewartet werden soll. Mit dem bedingten Verzicht ist also nach der vermuthlichen Absicht der Parteien ein unbedingter Verzicht auf einstweilige Geltendmachung verbunden.

2) Der bedingte oder befristete Verzicht auf eine Forderung konnte nach römischem Rechte schon deshalb nicht ipso jure erfolgen, weil die Acceptilation weder Bedingung noch Befristung zuließ [1]). Aber auch abgesehen von diesem Grunde hätte in gleicher Weise entschieden werden müssen. Denn das Obligationsrecht zu einem temporär beschränkten zu machen, war nicht möglich, weil der Obligation überhaupt eine solche temporäre Schranke nicht inhäriren kann [2]);

L. 44. § 1. D. de O. et A. (44. 7) Paulus . . . ad tempus obligationem constitui non posse . . . . . . plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit. cfr. L. 56. § 4. D. de V. O. (45. 1.) L. 55. de leg. I. (30).

Einleitung des Verkaufs getroffen zu haben. Vergl. Dernburg, Pfandrecht I. S. 191 und die daselbst citirten.

1) Enneccerus, Suspensivbedingung S. 38 ff.

2) Eine Ausnahme machen Miethe, Mandat und Societät, welche also auch durch befristete oder bedingte Aufhebung mit einer solchen temporären Schranke behaftet werden können. Vergl. Czyhlarz, Resolutivbedingung S. 11.



daß aber die ipso jure Aufhebung der bis dahin unbeschränkten Obligation in Folge des früheren Erlaßvertrages erst mit dem Eintritt des dies oder der Bedingung stattgefunden hätte, war mit dem Princip der Simultanität nicht vereinbar. Streng theoretisirender Auffassung könnte es nun allerdings so scheinen, als ob auch die Entstehung des Exceptionsrechtes bei Eintritt des dies oder der Bedingung (in diesem Fall und ebenso bei der Aufhebung von Prädialservituten) ein Abweichen von dem Princip der Simultanität enthalte; allein damit würde den römischen Juristen eine Anschauung imputirt, die ihnen in der That fremd war. Sie fassen das pactum de non petendo nicht auf als ein auf Erzeugung eines Exceptionsrechtes gerichtetes Geschäft (welches dann nach dem Princip der Simultanität nur im Moment seines Abschlusses wirken könnte), sondern sie gewähren einfach eine exceptio, weil es unbillig oder unredlich erscheint, trotz des pactum die Obligation geltend zu machen. Bei dieser Betrachtungsweise kam das Princip der Simultanität überhaupt nicht in Betracht; denn dasselbe ist ja, wie mehrfach hervorgehoben, nicht das Resultat theoretisirender Speculation, sondern unwillkürlich aus der Anschauung, daß der Wille der Parteien die Rechte schaffe und aufhebe, erwachsen.

VIII. Ausschluß von aufschiebenden Befristungen und Bedingungen.

§. 68.

Es ist nicht meine Absicht, auf die an anderem Orte [1]) erörterte Theorie der Bedingungsverbote im allgemeinen zurückzukommen. Nur diejenigen Fälle des Ausschlusses bedingter und befristeter

[1]) Enneccerus, Suspensivbedingung S. 9—84.

Rechtsgeschäfte sind auf Grund jener früheren Ausführungen in den Zusammenhang der jetzigen Untersuchung einzuordnen, welche (wenn auch nicht allein) aus den über die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte entwickelten Grundsätzen resultiren.

1) Hierher gehört zunächst der Ausschluß einer ipso jure wirkenden aufschiebenden Befristung oder Bedingung bei der vertragsmäßigen Bestellung von Prädialservituten, wie schon im § 65 gezeigt ist.

2) Die Hinzufügung einer aufschiebenden Befristung oder Bedingung zu einem auf Begründung der väterlichen Gewalt oder der Ehe gerichteten Rechtsacte, also zu der adoptio, legitimatio und Eheschließung, macht den Rechtsact nichtig [1]); denn die sofortige Entstehung der väterlichen Gewalt oder Ehe würde dem Willen der Parteien, die spätere Entstehung dem Princip der Simultanität widerstreiten. Zwar wäre es möglich gewesen, die genannten Geschäfte zunächst als unvollendete zu betrachten, so daß sie beim Eintritt der Befristung oder Bedingung durch den jetzt noch fortdauernden Willen der Parteien stillschweigend abgeschlossen wurden. Allein die römischen Juristen haben sich dieses Mittels der Aufrechterhaltung schwerlich bedient, wie denn auch die Quellen keine Spur desselben zeigen. Es entspricht der ethischen Auffassung familienrechtlicher Verhältnisse nicht, sie von außerhalb derselben liegenden Umständen (Bedingung oder Befristung) abhängig zu machen; es lag also kein Grund vor, derartigen bedingten oder befristeten Geschäften durch eine wohlwollende Behandlung zu Hülfe zu kommen. Vielmehr ist umgekehrt zu behaupten, daß auch abgesehen von jenen zuerst entwickelten juristisch technischen Gründen das Verbot der Bedingung und Befristung aus diesem ethischen Gesichtspunkte gerechtfertigt erscheint [2]).

---

1) Näheres darüber a. a. O. S. 52 ff.

2) a. a. O. S. 50 ff.

3) Was von der Begründung der väterlichen Gewalt gesagt ist, gilt in ganz gleicher Weise und aus gleichen Gründen für die Aufhebung derselben durch emancipatio [1]).

4) Die Manumission durch Testament konnte bekanntlich befristet und bedingt sein. Bei der Manumission unter Lebenden dagegen, und zwar nicht nur bei der manumissio vindicta und censu, sondern auch bei den formfreien Arten des spätern und justinianischen Rechtes, war, wie an anderer Stelle, so gut es das dürftige Quellenmaterial gestattet, nachgewiesen ist [2]), Bedingung und dies ausgeschlossen. Hier liegt der Grund unter Wegfall ethischer Gesichtspunkte lediglich in dem Princip der Simultanität, welches den Aufschub der Freiheit bis zum Eintritt der Bedingung als unmöglich erscheinen ließ, während die sofortige Wirkung dem Willen des Manumittirenden widersprochen haben würde. Nicht unwahrscheinlich ist es indessen, daß hier durch die successive Entstehung des Manumissionsgeschäftes geholfen ist, wie denn die bis zum Tode des Manumittirenden revocable, erst mit dem Tode vollendete manumissio mortis causa ausdrücklich für zulässig erklärt wird [3]).

5) Endlich ist die hereditatis aditio hier zu erwähnen, welche, wenn befristet oder bedingt erfolgt, den Antretenden weder sofort (denn das widerstreitet seinem Willen) noch später (denn das widerstreitet dem Gesetze der Simultanität) zum Erben machen konnte. Allerdings aber haben zur Anerkennung oder Aufrechterhaltung dieses Bedingungsverbotes auch andere Gründe wirthschaftlicher Natur [4]) mitgewirkt; wie namentlich auch aus der Unzulässigkeit der auf der Vergangenheit oder Gegenwart gestellten Bedingungen hervorgeht.

---

1) a. a. O. S. 50 ff.
2) a. a. O. S. 56 ff.
3) L. 15. D. de manum. (40. 1).
4) a. a. O. S. 54 ff.

Zweiter Abschnitt.

Die bedingten Realgeschäfte.

I. Das voluntare und das reale Element in den Rechtsgeschäften. Rein voluntare und Realgeschäfte.

§. 69.

In den Untersuchungen der ersten Abtheilung dieser Arbeit über die Natur des Rechtsgeschäftes erschien die Wirkung des Rechtsgeschäftes, abgesehen von gewissen Nebenfolgen und mittelbaren Folgen, lediglich als Folge des Willens der Geschäftssubjecte. Die Wirkung tritt ein, lediglich weil sie gewollt ist, und weil das Recht diesen Willen sanctionirt, d. h. mit der Kraft ausstattet, Rechtswirkungen hervorzurufen. Wir nennen im folgenden die Geschäfte, bei denen dies zutrifft, rein voluntare oder kurzweg voluntare Geschäfte. Sie sind bei der bisherigen Besprechung der befristeten und bedingten Geschäfte fast ausschließlich in Betracht gezogen. Als Beispiel dienen die Stipulation, welche zu ihrer Wirksamkeit lediglich die in der gehörigen Form erfolgte Willenseinigung der Contrahenten erfordert, die Consensualcontracte, testamentarische Verfügungen, welche lediglich auf dem Willen des Testators beruhen, und andere mehrere.

Daß diese Herrschaft des voluntaren Elementes in den genannten und manchen anderen Rechtsgeschäften nicht logisch noth-

wendig, sondern eine Erscheinung des positiven Rechts ist, wird kaum verkannt werden können. Ließe sich doch sehr wohl eine wesentlich verschiedene Rechtsgestaltung denken. Während wir beispielsweise den Grund der Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises in der Willenseinigung der Parteien finden, könnte sehr wohl ein anderes Recht diese Verpflichtung erst aus der Leistung der Waare oder gar einer gleichwerthigen Waare [1]) herleiten, so daß also der Grund der Verpflichtung nicht allein, ja nicht einmal vorwiegend, in dem Verpflichtungswillen der Parteien, sondern in der allerdings in dieser Absicht gemachten bezw. angenommenen Vermögensvermehrung des Käufers, also in einem realen Element gefunden würde.

Das römische Recht ist bei den genannten voluntaren Geschäften diesen Weg nicht gegangen; aber zu einer ganz ausschließlichen Herrschaft ist der Wille doch auch bei ihnen nicht gelangt, sondern das reale Element macht sich hin und wieder durch Modificationen bemerkbar, welche die aus der Herrschaft des Willens im Geschäftsverkehr abzuleitenden Regeln erlitten haben.

Dahin rechne ich unter anderen die bekannte Bestimmung über den Eigenthumsübergang bei der kaufrechtlichen Tradition, in welcher ich einen Rest der Auffassung des Kaufes als eines Erwerbes ex re erblicke (oben S. 257. Anm. 2); die unter Umständen eintretende Nichtigkeit wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften der Sache (sog. error in substantia); die exceptio non adimpleti contractus, welche den Gedanken zum Ausdruck bringt, daß beispielsweise der Kaufpreis f ü r die Waare geleistet wird und daher ohne besondere Verabredung nicht vor der Waare geleistet zu werden braucht; ferner die ädilicischen Klagen wegen heimlicher Mängel, welche wegen dem Käufer unbekannter Fehler auch eine Herab-

---

1) Ob das wünschenswerth wäre, ist freilich eine andere Frage.

minderung der Gegenleistung oder die Auflösung des Geschäftes herbeiführen; sodann die Bestimmung über die laesio enormis; das Remissionsrecht des Pachters wegen außerordentlicher Unglücksfälle; die Festsetzung eines Zinsmaximum; endlich das neue Wuchergesetz — sämmtlich Vorschriften, welche in verschiedener Weise und in verschiedenen Fällen einen zu flagranten Werthunterschied zwischen Leistung und Gegenleistung verhindern. Noch präciser tritt dieser Gedanke in der bekannten, freilich viel zu weit gehenden Bestimmung der Reichspolizeiordnung von 1548 und 1571 Tit. 19 über den Verkauf des Getreides auf dem Halm hervor, und augenblicklich sind wir in den ersten Stadien einer Bewegung, welche durch Beschränkung des sogen. Wohnungswuchers auch auf diesem Gebiete dem allzugroßen Werthunterschiede zwischen Leistung und Entgelt entgegentritt.

Es ist höchst characteristisch für die Macht, mit der das Willensprincip die heutige Theorie beherrscht, daß man nicht selten versucht hat, die eine oder die andere dieser Modificationen doch wieder auf den Willen der Parteien zurückzuführen. So wird z. B. bezüglich des Rechtes auf Pachtnachlaß deducirt, der Verpachter habe sich verpflichtet, den Fruchtgenuß zu prästiren, im Falle außerordentlicher Unglücksfälle sei dieser Fruchtgenuß gemindert, die übernommene Verpflichtung also nur theilweise erfüllt, und in Folge dessen auch nur ein verhältnißmäßiger Theil der Pacht zu zahlen. Allein dabei ist übersehen, daß der Verpachter sich zu nichts weiter verpflichten will, als dem Pachter den Besitz und Gebrauch des Grundstückes zur Fruchtziehung zu prästiren, daß er keineswegs die Absicht hat, eine Verpflichtung für irgend welches Ertragsergebniß zu übernehmen. Daß gleichwohl ein Recht auf Pachtnachlaß bei außerordentlichen Unglücksfällen gewährt wird, hat seinen Grund lediglich in der sonst zu großen (und von den Parteien nicht vorher zu sehenden) Ungleichheit des Werthes der Leistung und der Gegenleistung. Daraus erklärt sich die Beschränkung auf außerordentliche Unglücksfälle, da die Gefahr der gewöhnlichen bei der Bestim-

mung der Höhe des Pachtgeldes berücksichtigt sein wird. Daraus erklärt sich der Ausgleich mit besonders günstigen vorangehenden oder nachfolgenden Jahren derselben Pachtperiode. Es ist hier nicht der Ort, diese Gedanken weiter zu verfolgen und ihre Richtigkeit im einzelnen nachzuweisen [1]), denn sie haben für die weitere Erörterung nur secundäre Bedeutung. Nur eine kurze Bemerkung über den Werth des voluntaren und realen Elementes bei Rechtsgeschäften sei erlaubt, da auch hier die Alles auf den Willen basirende herrschende Theorie leicht zu einseitiger Bevorzugung des ersteren gelangt und folgeweise die Aufhebung der Aeußerungen des letzteren begünstigt.

Die vollständige und möglichst ausschließliche Berücksichtigung des Willens der Parteien gewährt denselben das höchste Maß freier Bewegung und damit der Möglichkeit die Wirkungen des Geschäftes ihren Bedürfnissen und den Verhältnissen überhaupt anzupassen. Soweit sie also im Stande sind, diese Verhältnisse zu übersehen, und in der Lage, lediglich nach dieser Einsicht in völlig freier Selbstbestimmung zu handeln, ist die vollständige Durchführung des gewollten Geschäftsinhaltes wünschenswerth. Wenn aber Verhältnisse vorliegen, die sich zur Zeit des Geschäftes nicht in Rechnung ziehen ließen, oder wenn durch die wirthschaftliche Lage der einen Partei die freie Entschließung in Wahrheit mangelte, so kann die stricte Durchführung des Willens der Parteien zu den größesten Härten führen, und es empfehlen sich vorbeugende oder ausgleichende Rechtsvorschriften. Nachdem bis zur Mitte dieses Jahrhunderts und darüber hinaus das Streben der Zeit auf eine immer größere Freiheit und Berücksichtigung des Willens gerichtet war, sind in neuester

[1]) Ein anderes Beispiel würden die gegenseitig verpflichtenden Verträge bieten: denn es ist m. E. nicht richtig, daß dieselben auf „Leistung gegen Gegenleistung“ gerichtet seien, so daß also die exceptio non adimpleti contractus direct auf den Willen der Parteien zurückzuführen wäre.



Zeit namentlich im Wuchergesetz und in einzelnen Bestimmungen der Arbeiterschutzgesetzgebung Anzeichen einer richtigeren Würdigung des realen Elementes im Rechtsverkehr zu erkennen; aber für die Durchführung der oben angedeuteten Gedanken bietet sich noch ein großes, freilich schwieriges, aber auch dankbares Feld legislatorischer Thätigkeit.

II. Weit wirksamer als in den rein voluntaren Geschäften zeigt sich ein reales Element in einer Reihe von Geschäften, welche wir zur Unterscheidung von den rein voluntaren als Realgeschäfte bezeichnen wollen. Characteristisch ist denselben, daß sie, um die gewollte Wirkung hervorzurufen, erstens den darauf gerichteten Willen der Geschäftssubjecte und zweitens die Hervorbringung einer andern bestimmten Rechtswirkung erfordern. Die endlich gewollte Rechtswirkung (Endwirkung E) erscheint also als Folge des Willens (W) und einer anderen Rechtswirkung (Vorwirkung V) [1]. Ohne Streben nach Vollständigkeit ist das Vorhandensein solcher Geschäfte zunächst an Beispielen darzuthun.

1) Die Zahlung setzt zu ihrer Gültigkeit also zur Aufhebung der Obligation voraus: erstens die Befriedigung des Interesses, dessen Stillung den Inhalt der Obligation bildet, also z. B. bei Geldschulden den Uebergang des Eigenthums der geschuldeten Geldsumme (V), und zweitens den Willen, daß dies Erfüllung der Obligation sei, die Obligation also dadurch aufgehoben sein soll (W).

2) Die Novation erfordert erstens die Entstehung einer Verbalobligation (V) und zweitens den Willen der Geschäftssubjecte, daß durch dieselbe die alte Obligation aufgehoben sein soll (W).

3) Das Darlehen erfordert erstens den Uebergang des Eigenthums der Fungibilien und zweitens den Willen der Parteien, daß dadurch der Empfänger zur Restitution in genere verpflichtet werde.

---

[1] Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß das Wort hier in ganz anderem Sinne als von Fitting gebraucht wird.



Aehnliches gilt mutatis mutandis von den übrigen benannten Realcontracten.

4) Die Schenkung erfordert erstens die Vermögensvermehrung auf Seiten des Beschenkten und Vermögensverminderung auf Seiten des Schenkers, zweitens den Willen zu schenken, bezw. geschenkt zu erhalten.

5) Die Dosbestellung erfordert erstens eine doppelte Rechtswirkung (V), nämlich eine Vermögensvermehrung des Mannes und eine gültige Ehe, und zweitens den Willen, daß die Vermögensvermehrung für die Frau gegeben und nach der Trennung der Ehe wenigstens unter Umständen herausgegeben werden, m. a. W. Heirathsgut sein soll (W).

5) Die unbenannten Realcontracte erforderten nach römischem Recht den Consens der Contrahenten (W) und die erfolgte Leistung von der einen Seite (V).

II. Natur der Realgeschäfte.

§. 70.

I. Die erste Eigenthümlichkeit, welche uns bei der Betrachtung der Realgeschäfte in's Auge fällt, ist die Möglichkeit eines persönlichen Auseinanderfallens der Vorwirkung (V) und des Willens (W), welche die Endwirkung hervorrufen. V. kann zwischen A. und C. erfolgen, während A. und B., nicht aber C. den Willen der Endwirkung (W) haben, ja V. kann sogar zwischen C. und D. stattfinden, während der Willen der Endwirkung (W) nur bei A. und B., nicht aber bei C. oder D. vorhanden ist. Die Richtigkeit der Behauptung ist leicht zu erweisen [1]).

[1]) Vergl. zum Folgenden die beachtenswerthen, freilich von anderm Gesichtspunkt gemachten Ausführungen von Lotmar, über die Causa S. 97 ff.



1) Zahlung. Die Zahlung der Schuld des B. an A. kann nach der zwischen ihnen stattgehabten Uebereinkunft bewirkt werden durch eine Uebereignung der Schuldsumme vom Schuldner an einen Dritten, oder von einem Dritten an den Gläubiger, oder von einem Dritten an einen Dritten. Dies drücken die bekannten Sätze aus: quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. L. 180. D. de R. J. (50. 17) und qui mandat solvi, ipse videtur solvere. L. 56. D. de solut. (46. 3), deren letzter die wirkliche Ausführung der Zahlung durch den Beauftragten stillschweigend voraussetzt. Entsprechende Einzelentscheidungen finden sich namentlich in L. 95. § 7. i. f. D. de solut. (46. 3). L. 6. C. de cond. ind. (4. 5). L. 64. D. de solut. (46. 3).

2) Novation. Ganz die gleiche Erscheinung findet sich bekanntermaßen bei der Novation. B kann seinem Gläubiger A den C delegiren, ohne daß dieser um die Novationsabsicht zu wissen braucht, ebenso kann B in Folge der Delegation des A dem D promittiren, ohne daß dieser die zwischen A und B bestehende Schuld, geschweige denn die Novationsabsicht zu kennen braucht, und endlich kann in Folge doppelter animo novandi vorgenommener Delegationen C an D promittiren, ohne um die Schuld des B an A oder um den bezüglich derselben vorhandenen animus novandi zu wissen. L. 20. D. de novat. (46. 2). L. 8. §. 5 eod. L. 19 eod. Namentlich in der letztgenannten Stelle wird darauf hingewiesen, daß der Stipulator nicht zu wissen braucht, weshalb der Promissor verspricht „non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est.“ Das Gleiche finden wir, ohne daß es weiterer Erläuterungen bedürfte:

3) bei der Schenkung, wie Paul. V. 11. 1, L. 3. § 12. D. de don. i. v. et ux. (24. 1), L. 1. § 16. L. 5. D. si quid in fraudem patroni (38. 5) und viele andere Stellen zeigen, deren Beweiskraft natürlich dadurch nicht beeinträchtigt wird, daß in manchen

derselben die Schenkung wegen des Schenkungsverbotes unter Ehegatten oder aus anderen Gründen nichtig ist;

4) bei der Dosbestellung L. 19. L. 59. pr. L. 82. D. de jure dot. (23. 3). L. 14. pr. D. de fundo dot. (23. 5). L. 22. § 12. D. soluto matr. (24. 3). L. 4. § 21. D. de doli exc. (44. 4);

5) beim Darlehen L. 9. § 8. D. de reb. cred. (12. 1). L. 10. § 4. D. mandati (17. 1). L. 5. § 8. D. de jur. dot. (23. 3). L. 67. § 4. D. ad S. C. Treb. (36. 1);

6) bei Realinnominatcontracten L. 27. §. 2. D. ad S. C. Vell. (16. 1).

Lotmar in seiner oben angeführten Schrift hat geglaubt, die erwähnten Geschäfte als zusammengesetzte Geschäfte characterisiren zu sollen, indem z. B. das Darlehen ein anderes Geschäft, nämlich die Uebereignung des Geldes, oder die Novation die Stipulation der neuen Schuld, als Theil in sich enthalte. Ich kann ihm hierin nicht folgen. Wäre seine Auffassung richtig, so würden, wie sich aus den Erörterungen unter I. ergibt, Rechtsgeschäfte angenommen werden, an deren Thatbestand verschiedene Personen ohne Kenntniß von einander und ohne Bewußtsein des Gesammtinhalts des Geschäftes mitwirken.

II. Aber damit nicht genug: Wie Lotmar selbst ausführt, können durch dieselbe Uebereignung, promissio u. s. w. mehrere Zahlungen, Novationen, Schenkungen u. s. w. bewirkt werden. Es müßte also dieselbe Uebereignung, promissio u. s. w. ein Theil verschiedener zusammengesetzter Geschäfte sein. Diese letzteren würden gleichsam in einander greifen, wie zwei sich schneidende Kreise, deren Fläche zu einem Theile gemeinsam, zu einem anderen Theile verschieden ist.

Die Thatsache freilich, daß dieselbe Uebereignung, promissio u. s. w. mehre Zahlungen, Novationen, Schenkungen u. s. w. oder auch eine Zahlung und eine Schenkung, eine Novation und eine

Dosbestellung u. s. w. bewirken kann, ist nicht zu bezweifeln. In diesem Sinne verbunden sind z. B. in den Quellen erwähnt:

1) zwei Zahlungen L. 49, L. 64. D. de solut. (46. 3);

2) Zahlung und Schenkung L. 19. § 3. L. 33. § 3. D. de donat. (39. 5). L. 3. § 12. D. de don. i. v. et ux. (24. 1). L. 1. § 16. D. si quid in fraud. patr. (38. 5). L. 49. D. de solut. (46. 3);

3) Zahlung und mortis causa donatio L. 77. § 6. D. de leg. II. (31);

4) Novation und Schenkung L. 5. § 3. L. 39. D. de don. i. v. et ux. (24. 1). L. 21. pr. und § 1. D. de don. (39. 5). L. 31. § 3. D. de mortis causa don. (39. 6);

5) zwei Novationen [1]) und mortis causa donatio L. 18. § 1. D. de mortis causa don. (39. 6). L. 31. § 3. eod.;

---

[1]) Nach der Ansicht von Salpius, Novation und Delegation S. 101 ff., v. Vangerow, Pand. Bd. III. § 619. Anm. 3. Nr. 3, 45 und Römer, bedingte Novation S. 53 wird in diesem Falle wie in andern Fällen der Delegation immer höchstens (auch das nicht bei der reinen Delegation) eine Obligation (nämlich nach den Erstgenannten diejenige, auf welche die Stipulation Bezug nimmt, nach Römer die zwischen Deleganten und Delegaten bestehende) durch Novation getilgt, während in Bezug auf die andre nach Salpius und v. Vangerow Zahlung, nach Römer Erlaß (acceptilatio oder pactum de non petendo) oder datio in solutum vorliegt. Die für die erstere Ansicht angeführten Stellen beweisen m. M. nur, daß in diesem wie in anderen Fällen die Novation mit der Zahlung verglichen und in ihrer Wirkung gleichgestellt wird. Was aber die Ansicht Römer's betrifft, so ist unzweifelhaft richtig, daß die Delegation als datio in solutum erfolgen kann, wenn diese von dem Novationswillen verschiedene Absicht der Parteien vorliegt. Im übrigen aber sprechen gegen Römer alle die Stellen, welche die Delegation mit der Zahlung vergleichen (Salpius S. 102 ff.) ohne einer Acceptilation Erwähnung zu thun. Die von Römer citirten L. 9. D. de praescr. verb. (19. 5) und L. 4. D. de cond. c. d. c. n. s. (12. 4) aber sind unbeweisend, da sie von dem völlig verschiedenen Falle reden, wo ein Gläubiger seinen Schuldner sofort durch Acceptilation

6) Dosbestellung und Novation L. 78. § 5. D. de jur. dot. (23. 3). L. 4. § 21. D. de doli exc. (44. 4);

7) Dosbestellung und Zahlung L. 82. D. de jure dotium (23. 3). L. 9. § 1. D. de cond. causa data (12. 4);

8) zwei Schenkungen L. 2. § 2. L. 33. § 3. D. de donat. (39. 5). L. 3. § 13. D. de donat. i. v. et ux. (24. 1). L. 41. D. de re jud. (42. 1);

9) Schenkung und Dosbestellung L. 41. D. de re jud. (42. 1). L. 9. D. de cond. causa data (12. 4). L. 5. § 2. D. de jur. dot. (23. 3);

10) Darlehen und Novation L. 32. D. de reb. cred. (12. 1);

11) Darlehen und Zahlung L. 10. § 4. D. mandati (17. 1);

12) Darlehen und Dosbestellung L. 5. § 8. D. de jur. dot. (23. 3);

13) Novation und unbenannter Realcontract L. 27. § 2. D. ad S. C. Vell. (16. 1).

Die Zahl und Mannigfaltigkeit dieser noch erheblich zu vermehrenden Beispiele zeigt, daß es sich hier keineswegs um vereinzelte Erscheinungen, welche etwa durch Fictionen eine freilich höchst unbefriedigende Erklärung erhalten könnten, sondern um eine allgemeine Eigenschaft dieser Geschäfte handelt. Auch diese Eigenschaft soll sich nach Lotmar aus der Natur des zusammengesetzten Geschäftes ergeben. Nach ihm soll also mit anderen Worten erstens eine Handlung, welche A und B vornehmen, mit einer anderen Handlung, welche C und D vornehmen, ein Geschäft bilden, ob-

---

befreit, unter der Verabredung, daß der Schuldner ihm alsdann eine ihm zustehende Forderung belegiren solle, welchem Versprechen derselbe nicht nachkommt.

L. 9. cit. Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, etc.

L. 4. cit. Si quis accepto tulerit debitori suo, cum conveniret, ut expromissorem daret, nec ille det, etc.

gleich C und D ohne Kenntniß der zwischen A und B ausgetauschten Willenserklärungen handeln; und zweitens soll sogar die Handlung des C und D außerdem noch ein Theil anderer Rechtsgeschäfte sein, nämlich der beiden Geschäfte, welche A und C und ferner B und D abschließen. Gewiß ist eine solche Annahme außerordentlich complicirt und künstlich und schon deshalb unwahrscheinlich. Evident als unrichtig aber erweist sie sich durch folgende Betrachtung.

III. Es ist keineswegs nöthig, wie Lotmar voraussetzt, daß die reale Wirkung (V) mit der zusammen der Wille (W) die Endwirkung (E) hervorruft durch Rechtsgeschäft begründet werde.

1) Das Darlehen ist auch dann gültig, d. h. erzeugt eine Verpflichtung (E) des Empfängers zur Rückzahlung, wenn der Eigenthumsübergang des Geldes nicht durch die Tradition, sondern durch Usucapion oder durch Vermischung des Geldes mit dem Gelde des Empfängers erfolgt ist.

L. 78. D. de solut. (46. 3) arg. L. 15. § 1. D. de cond. ind. (12. 6). L. 60. D. de solut. (46. 3).

2) Das Gleiche gilt auch, wenn der Darlehnsempfänger durch die Tradition nicht Eigenthümer der übergebenen Fungibilien geworden ist, aber durch redliches Verzehren derselben (gewiß kein Rechtsgeschäft) oder Ausgeben des Geldes ein gleicher vermögensrechtlicher Erfolg eingetreten ist. (Stellen bei Windscheid §. 370. Note 8).

3) Was unter 1) und 2) vom Darlehen gesagt ist, gilt in gleicher Weise von der Zahlung und wird analog von der Schenkung, Dosbestellung u. s. w. anzunehmen sein.

4) Gewiß ist Usucapiren und Zulassen der Usucapion (oder Verlieren eines Rechtes durch Nichtgebrauch) kein Rechtsgeschäft. Gleichwohl wird durch dieselbe eine Schenkung begründet, wenn die Zulassung animo donandi und die Vollendung der Usucapion,

was nach römischem Recht möglich, animo donationis accipiendae erfolgt.

L. 44. D. de don. i. v. et ux. (24. 1). L. 5. § 6 eodem.

5) Die Ausschlagung einer Erbschaft durch den Institutus oder kraft gesetzlicher Regel Vorberufenen und der Erwerb der Erbschaft durch den Substituten oder Nachberufenen sind zwar zwei einseitige Rechtsgeschäfte; aber Niemand wird sie und die zwischen beiden liegende auf Testament oder Rechtsregel beruhende Nachberufung zusammen als ein Rechtsgeschäft bezeichnen wollen. Gleichwohl bewirken Ausschlagung, Nachberufung und Antretung zusammen, wenn die Ausschlagung und Antretung in der Absicht der Dosbestellung erfolgen, die Entstehung des Dotalverhältnisses [1]).

L. 5. § 5. D. de jure dotium (23. 3). L. 14. § 3. D. de fundo dotali (23. 5).

Hiernach läßt sich die Auffassung der Schenkung, des Darlehns, der Dosbestellung und der übrigen genannten Rechtsgeschäfte als zusammengesetzter Geschäfte nicht aufrecht erhalten. Sie sind lediglich Realgeschäfte, deren Thatbestand außer dem Willen der Geschäftssubjecte einen gewissen Vermögenseffect erfordert, der durch Handlungen der Geschäftssubjecte oder anderer Personen, oder auch, wo das möglich ist, ohne solche durch Rechtsregel verursacht werden kann.

IV. Diese Erkenntniß erschließt das Verständniß für die unter I. II. und III. aufgeführten, an sich auffälligen Einzelerscheinungen, wie der Einfachheit wegen an einem Beispiele nachgewiesen werden mag.

---

[1]) Die Dos ist aber natürlich, wenn sie auch vom Gewalthaber bestellt wird, in diesem Falle doch keine profecticia, weil sie nicht aus dem Vermögen desselben stammt, sondern er nur einen Erwerb abgelehnt hat. Vergl. Bechmann, Dotalrecht. II. S. 123 ff.

Der Thatbestand der Schenkung setzt voraus:

erstens den Willen der Parteien, nämlich den animus donandi und donationis accipiendae (W),

zweitens einen Vermögenseffect, nämlich die Vermögensvermehrung auf Seiten des Beschenkten und die Minderung auf Seiten des Schenkers.

Dieser Vermögenseffect kann bewirkt werden am einfachsten durch Geschäft zwischen Schenker und Beschenkten, z. B. Eigenthumstradition; aber auch durch Geschäft (z. B. Eigenthumstradition) zwischen dem Schenker und einem Dritten, dem zu tradiren der Beschenkte den Schenker angewiesen hat. Die Tradition an diesen Dritten steht der Tradition an den Schenknehmer nicht formell aber materiell im Vermögenseffect völlig gleich. Es wird nicht fingirt, daß die Tradition an den Schenknehmer selbst erfolgt sei, sondern der Schenknehmer, welcher die Sache an den Dritten gelangen lassen wollte, findet sich in Wahrheit vermögensrechtlich in derselben Lage, als sei er Eigenthümer geworden und habe den Dritten wieder zum Eigenthümer gemacht. Die Tradition an den Dritten enthält in Wahrheit eine Vermögensvermehrung (auch) des Schenknehmers. Dasselbe gilt vice versa von der Vermögensminderung. Hat der Schenker beispielsweise einem Dritten die Uebereignung einer Summe an den Schenknehmer geheißen, so ist sein Vermögen in ganz der gleichen Weise vermindert, als habe dieser ihm selber, und er wieder dem Schenknehmer tradirt, und was hier für beide Theile getrennt entwickelt ist, gilt selbstverständlich auch, wenn auf Geheiß des Schenknehmers A die Tradition an einen Dritten C von Seiten eines Vierten D erfolgt, dem der Schenker B die Tradition geheißen.

Ferner ergibt sich ohne Weiteres, daß durch dieselbe Tradition des D an C auch mehrere Schenkungen bewirkt werden können. Hatte beispielsweise auch D mit B eine durch die Tradition an A oder auf dessen Geheiß an C zu vollziehende Schenkung verabredet,

so ist auch des D Vermögen vermindert, und des B Vermögen geradeso bereichert, als habe er von D empfangen und an A (dem er schenken wollte) oder auf dessen Geheiß an C weiter tradirt. Es ist also zwischen A und B die erste und zwischen B und D die zweite Schenkung vorhanden, weil zwischen A und B wie zwischen B und D die nöthige Willenseinigung besteht, und weil A auf Kosten des B, B auf Kosten des D bereichert ist (gerade so als hätte D an B, dieser an A, und der wieder an C tradirt). Endlich kann die Vermögensvermehrung des Schenknehmers auf Kosten des Schenkers auch ohne Rechtsgeschäft erfolgen, wenn dieselbe gleichwohl auf die Absicht zu schenken bezw. geschenkt zu erhalten zurückzuführen ist, wie in dem oben bereits erwähnten Falle der Schenkung durch in diesem Sinne beendigte und vom Schenker zugelassene Usucapion.

Das Gesagte in entsprechender Weise auf die übrigen oben angeführten Realgeschäfte anzuwenden, bietet keine Schwierigkeit und kann daher hier unterbleiben. Dagegen ist die gewonnene Erkenntniß der Natur der Realgeschäfte nach einer anderen Richtung zu verwerthen, die mit unserem Thema in unmittelbarem Zusammenhang steht.

III. Das zeitliche Verhältniß des Thatbestandes des Realgeschäftes und seiner Wirkung.

§. 71.

Während das römische Recht bei den rein voluntaren Geschäften das Wollen als Ursache der Rechtswirkung betrachtet und demgemäß die Wirkung wenigstens bei den Geschäften unter Lebenden zeitlich unmittelbar an den Willen anschließt (Princip der Simultanität), hat eine solche Auffassung bei den Realgeschäften schon deshalb nicht Platz greifen können, weil hier der Wille offensichtlich nicht die einzige Voraussetzung der Endwirkung (E) bildet. Hätte man hier überhaupt nach der Ursache der Endwirkung suchen wollen, so konnte

man nur den Willen und die Vorwirkung zusammen als solche betrachten und wäre dann dem Princip der Simultanität entsprechend zu dem Resultate gekommen, daß die Endwirkung mit dem Willen und der Vorwirkung gleichzeitig sein müsse, daß sie mithin nur dann eintreten könne, wenn Wille und Vorwirkung gleichzeitig vorhanden sind und auch in diesem Momente dem sofortigen Inkrafttreten der Endwirkung kein Hinderniß im Wege steht. Allein die Römer sind vor dieser Folgerung, die in der heutigen Litteratur in Einzelanwendungen nicht selten als ganz selbstverständlich auftritt, bewahrt worden. Vielleicht war es ihr practischer Sinn, der vor den vielfachen Hemmnissen, welche die nothwendige Gleichzeitigkeit von Wille, Vorwirkung und Endwirkung mit sich gebracht haben würde, zurückschreckte. Noch wahrscheinlicher aber ist, daß ihnen die obige Folgerung überhaupt nicht ins Bewußtsein getreten ist. Das Princip der Simultanität war ihnen ja nicht eine bewußte Abstraction aus den allgemeinen Begriffen der Ursache und Wirkung, sondern beruhte lediglich auf der (wie wir gesehen haben nicht ganz richtigen) Anschauung, daß der Wille die Rechtswirkung schafft, also auch nur schaffen kann, so lange er dauert. Diese Auffassung mußte beim Realgeschäft wegfallen. Die Nothwendigkeit des Zusammenwirkens mehrerer Voraussetzungen schloß den Begriff eines solchen „Schaffens“ aus, und nichts hinderte, wenn die beiden Voraussetzungen zu verschiedenen Zeiten eintraten, die zuletzt eingetretene als Ursache zu betrachten.

So finden die folgenden beiden Erscheinungen ihre Erklärung.

I. Die Vorwirkung kann der Endwirkung vorangehen und braucht in dem Moment, wo der Wille die Endwirkung hervorruft, nicht mehr fortzudauern.

II. Der Wille kann der Endwirkung vorangehen, und braucht in dem Moment, wo die Vorwirkung die Endwirkung hervorruft, nicht mehr fortzudauern.

Diese beiden Sätze werden, soweit es das nicht eben reiche Quellenmaterial gestattet, zu belegen sein.

Zu I.

1) Daß bei der Zahlung die Vorwirkung der Endwirkung vorausgehen kann, ist in der schon früher nach einer anderen Richtung besprochenen L. 16. D. de solut. (46. 3) ausdrücklich gesagt.

> .... si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio exstitisset, in solutum cederet, existente condicione liberari eum *nec obstare, quod ante ejus pecunia facta est.*

Jemand schuldet Geld unter einer Bedingung. Er übergibt nun eine gleiche Summe in der Absicht, das Eigenthum sofort zu übertragen, und verabredet dabei, daß, wenn die Bedingung eintrete, diese Uebergabe Zahlung bewirken solle (während vielleicht für den Fall, daß die Bedingung nicht eintrete, Darlehen oder Schenkung beabsichtigt war). Das Eigenthum des Geldes geht sofort über („ante"). Die Zahlung aber wird erst in dem Moment, wo die Bedingung eintritt, effectuirt, und es schadet nichts, daß das Eigenthum schon in einem früheren Momente auf den Gläubiger übergegangen war. Daß die Zahlungswirkung nur dann eintrete, wenn der Gläubiger das früher erworbene Eigenthum des Geldes im Moment der eintretenden Bedingung noch habe, wird in der Stelle mit keinem Worte angedeutet, und ich fürchte nicht, auf Widerspruch zu stoßen, wenn ich die Zahlungswirkung auch dann annehme, wenn das Geld im Moment der eintretenden Bedingung schon wieder ausgegeben ist.

2) Bei der Dosbestellung ist es ein ganz gewöhnlicher Fall, daß das Eigenthum vor Eingehung der Ehe, also vor dem Moment, wo das Dotalverhältniß seinen Anfang nehmen soll und nimmt, übertragen wird, und diese Eigenthumstradition ist bekanntlich auch keineswegs stillschweigend bedingt (wie das beim Dotalversprechen allerdings der Fall ist), sondern das Eigenthum geht sofort über;

die Vorwirkung (V) ist also auch hier von der Endwirkung (E) temporär getrennt, und es ist noch niemals bezweifelt, daß das Dotalverhältniß auch dann zu Stande komme, wenn der Ehemann eine dotis causa vor der Ehe erhaltene Geldsumme schon vor der Ehe wieder ausgegeben hat.

3) Ebensowenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß eine Summe mit sofortiger Wirkung zu Eigenthum übergeben werden kann unter der Verabredung, daß bei Eintritt einer Bedingung ein Darlehen entstehen solle. Bei eintretender Bedingung kommt alsdann das Darlehen auch dann zu Stande, wenn der Empfänger das Geld inzwischen schon wieder ausgegeben hat.

4) Was in diesen Fällen so selbstverständlich erscheint, daß es meines Wissens niemals bestritten, ja kaum jemals beachtet wurde, ist in einem anderen Falle, nämlich bei der Novation, nicht selten für unmöglich erklärt worden. Allein gerade hier fehlt es nicht an Beweisstellen für unsere Behauptung.

L. 9. pr. D. de novat. (46. 2) Ulp. Si pupillus sine tutoris auctoritate rem salvam fore stipulatus pubes factus ratam stipulationem habuerit novandi causa, tollitur tutelae actio. si non habuerit ratum, licet tutelae egisset, habet tamen adhuc ex stipulatu actionem: sed judex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fieret.

Wenn ein Pupill ohne tutoris auctoritas animo novandi stipulirt, so ist die Stipulation als Erwerbsact gültig; dem Pupillen steht also, auch wenn er nach erlangter Pubertät die Novation nicht ratihabirt, d. h. den animus novandi nicht wiederholt, die actio ex stipulatu zu (habet tamen adhuc ex stipulatu actionem). Entstanden ist also die Obligation jedenfalls bereits beim Abschluß der Stipulation [1]). Die liberatorische Wirkung aber ist noch nicht ein=

[1]) Daß dieselbe durch exceptio und ebenso durch condictio wegen nicht erreichter Novationsabsicht angefochten werden kann, ergibt sich aus allgemeinen



getreten. Ratihabirt nun der Pupillus nach erlangter Pubertät die Novation, d. h. wiederholt er die Vereinbarung des **animus novandi** (denn von einer Ratihabition im eigentlichen Sinne kann bei einem ungültigen Acte nicht die Rede sein), so tritt nun die liberatorische Wirkung nachträglich ein, also in einem späteren Momente als die obligatorische.

Wie nun, wenn im Moment der Wiederholung des **animus novandi** die neue Obligation schon wieder untergegangen, z. B. bezahlt oder acceptoferirt oder durch eine neue gültige Novation beseitigt wäre? Soll darum die liberatorische Wirkung in Bezug auf die erste Obligation nicht mehr eintreten können? Wäre das nicht ebenso unpractisch und verwerflich, als wenn man die liberatorische Wirkung der Zahlung läugnen wollte, weil in dem Momente, wo sie eintreten soll, vielleicht der Gläubiger das früher schon empfangene Geld schon wieder ausgegeben hat [1])?

In der That haben wir denn auch in dieser Beziehung eine ganz unzweideutige Beweisstelle:

L. 21. D. de novat. (46. 4). Venulejus. Si sub condicione legatum mihi datum novandi causa stipulatus sum et ante existentem condicionem acceptum fecero, Nerva filius ait, etiamsi condicio extiterit, neque ex testamento competituram actionem, quia novatio facta sit, neque ex stipulatu, quae acceptilatione soluta sit.

Es ist früher ausführlich nachgewiesen, daß die Forderung aus dem bedingten Legat ohne jede Rückwirkung erst mit Eintritt der

---

Grundsätzen und rechtfertigt den Schlußsatz der Stelle, kommt aber für unseren Zweck nicht weiter in Betracht.

[1]) Vergl. oben Nr. 1. Selbstverständlich gilt sowohl bei der Zahlung als der Novation etwas anderes, wenn das Eigenthum am Gelde, bezw. die Obligation wieder aufgehoben wird aus einem Grunde, der zugleich als eine zwischen den betreffenden Parteien vereinbarte Wiederaufhebung der noch nicht wirksam gewordenen Zahlungs- bezw. Novationsabsicht aufzufassen ist.



Bedingung zur Entstehung kommt, also pendente condicione noch nicht, auch nicht als schwebende, existirt. Folglich kann sie inzwischen auch noch nicht aufgehoben werden. Die novandi animo vorgenommene Stipulation kann also die liberatorische Wirkung nicht sofort äußern, sondern erst mit Eintritt der Bedingung des Legates (was denn auch, wie hier unerörtert bleiben darf, der Absicht der Parteien entspricht). Anders aber steht es mit der obligatorischen Wirkung der Novationsstipulation.

Betrachten wir dieselbe, was nach dem Wortlaut der Stelle am nächsten zu liegen scheint, als unbedingte Stipulation des Legatsgegenstandes, so erzeugt sie sofort eine Obligation [1]); diese wird durch die Acceptilation sofort beim Acceptilationsact getilgt, und trotzdem tritt bei der Erfüllung der Bedingung des Legates die liberatorische Wirkung noch ein.

Aber auch wenn wir der gewöhnlichen Meinung folgend die Novationsstipulation einer bedingten Schuld als (stillschweigend) bedingte betrachten, ist das Resultat dasselbe. Die bedingte Stipulation erzeugt nämlich, wie wir gesehen haben, sofort eine pendente Obligation, m. a. W.: wenn die Legatsbedingung später eintritt, so wird klar, daß die Stipulationsobligation schon vom Stipulationsabschluß an vorhanden gewesen ist. Eine pendente Obligation aber wird (im Fall, daß später die Bedingung eintritt) durch Acceptilation mit sofortiger Wirkung aufgehoben (intelligitur jam olim liberatus oben S. 344 ff.). Es ergibt sich also aus unseren früheren Erörterungen über bedingte obligatorische Verträge und Legate für den in L. 21 cit. besprochenen Fall Folgendes mit Nothwendigkeit.

1) Die Acceptilation muß die Stipulationsschuld sofort aufheben (natürlich nur in dem Fall, daß später die Bedingung eintritt, wie denn auch die Stelle nur diesen Fall bespricht).

---

1) Daß die Obligation in der That unbedingt ist, wird später (§ 78 II. 1) nachgewiesen werden. Daß sie bei Deficienz der Bedingung des Legates wegen mangelnder Causa angefochten werden kann, kommt hier nicht weiter in Betracht.



2) Die Novation kann die Legatsschuld nicht sofort aufheben, sondern frühestens bei eintretender Bedingung.

Da nun gleichwohl Venulejus die Legatsschuld durch die Novation, die Stipulationsschuld durch die Acceptilation untergehen läßt, so ergibt sich,

a. daß die obligatorische Wirkung der Novation früher eintritt als die liberatorische, ein Resultat, dessen Möglichkeit bereits durch L. 9. pr. de novat. bewiesen wurde, und

b. daß die liberatorische Wirkung eintreten kann in einem Momente, wo die neue Obligation bereits wieder aufgehoben ist.

Wollte man nur den letzteren Satz (b.) bestreiten, so müßte man in Widerspruch mit der L. 21 die Legatsschuld fortbestehen lassen; eine Bestreitung beider aber würde sogar jede Novation bedingter Legate ausschließen, da die obligatorische Wirkung nach dem Gesetze der Simultanität im Moment des Abschlusses des Geschäftes, also zu einer Zeit eintritt, wo die liberatorische Wirkung wegen Nichtexistenz der Legatsobligation noch gar nicht denkbar ist. Möglicherweise hat freilich eine solche, jede Novation bedingter Legatsschulden verbietende strenge Auffassung [1]) im alten Recht bestanden. Im neuen ist sie überwunden, wie nicht nur die L. 21. cit., sondern auch L. 8. § 1. und L. 8. §. 2. eod. beweisen; aber vielleicht haben wir die räthselhafte L. 41. D. de condic. (35. 1) als einen Rest dieser Auffassung zu betrachten.

Ulp. Legata sub condicione relicta non statim, sed cum condicio extiterit deberi incipiunt; ideoque interim delegari non potuerunt.

Beachten wir nämlich, daß Ulpian das Perfect potuerunt setzt,

[1]) Der tiefere Grund dieser alten strengen Auffassung und die Zeugnisse für das Vorhandensein derselben können erst bei der bedingten Novation § 72 besprochen werden.



wo wir das Präsens possunt oder allenfalls das Futur [1]) erwarten, so liegt die Vermuthung nicht fern, daß die auffallende Regel von Ulpian als veraltetes Recht mitgetheilt wurde und erst in der Compilation durch die Lösung aus dem Zusammenhange den jetzt nicht mehr zutreffenden Sinn erhalten hat [2]).

Auch abgesehen von den unter 1 bis 4 vorgetragenen besonderen Beweisgründen fordern in den genannten und ähnlichen Fällen practische Erwägungen die Annahme, daß die zukünftige Endwirkung des Geschäftes (Aufhebung der Schuld bei der Zahlung oder Novation, Entstehung der Dos u. s. w.) nicht von dem Fortbestehen des durch die Vorwirkung begründeten Rechtsverhältnisses (also von der Fortdauer des Eigenthums an der gezahlten oder zur Dos gegebenen Summe, von dem Fortbestehen der neuen Schuld bei der

---

[1]) Futurum exactum kann potuerunt der Form nach sein; aber der Sinn wird dadurch nicht verbessert.

[2]) Diese historische Erklärung, für die ja freilich keineswegs Sicherheit beansprucht wird, scheint mir immer noch mehr für sich zu haben, als die Stelle mit der Glosse und vielen neueren Schriftstellern dahin zu verstehen, daß nur die Delegation mit sofortiger Wirkung geleugnet werden solle, oder gar durch Conjectur zu helfen und statt delegari legari zu lesen. Die erstere Ansicht muthet Ulpian einen sehr schlechten, ja geradezu fehlerhaften Ausdruck eines selbstverständlichen Satzes zu (vergl. auch Fitting, Rückziehung. S. 59—61); die vorgeschlagene Textconjectur aber hat nicht nur die Florentina und die Basiliken, sondern auch den übrigen Wortlaut der Stelle gegen sich. Auch mit dieser Conectur erhält nämlich Ulpians Ausspruch nur Sinn, wenn man ihn auf Vindicationslegate beschränkt. Dem aber widerspricht das Fehlen einer darauf hindeutenden Bezeichnung, ferner der Ausdruck „deberi," der hier, wo Alles auf den Eigenthumserwerb ankam, kaum entschuldbar wäre, wenn er sich auch sonst wohl findet, und endlich das S. C. Neronianum. Nach Salpius S. 32 ff. spricht die Stelle wie alle übrigen, in denen von delegare alicui aliquid die Rede ist, überhaupt nicht von der Delegation (im heutigen Sinne), sondern von der Cession; allein auch dann wäre die historische Erklärung nothwendig, da die Cession zukünftiger Schulden ebenfalls zulässig ist. Salpius erklärt daher die Aufnahme der Stelle ebenfalls aus einer Unachtsamkeit der Compilatoren (S. 39).



Novation) abhängig sein darf; denn sonst wäre es in die Hand der einen Partei gegeben, die ihr ungünstige Endwirkung ohne Zustimmung der anderen zu verhindern, obgleich sie das Aequivalent derselben schon erhalten hat. Dies würde nicht nur offensichtlich in den unter 1 — 3 erwähnten Fällen stattfinden, wenn der Gläubiger oder Bräutigam oder Darlehnsempfänger die empfangene Geldsumme vor Eintritt der Bedingung (bezw. Ehe) wieder ausgäbe, sondern es würde auch bei der Novation bedingter oder zukünftiger Schulden eintreten, wenn der Gläubiger die neue (bedingte oder unbedingte) Forderung durch (entgeltlichen) Erlaßvertrag mit dem neuen Schuldner vor der Existenz der Bedingung oder der Entstehung der alten Schuld aufhebt.

Zu II.

Hier ist das Quellenmaterial fast noch spärlicher. Immerhin aber lassen sich einige Stellen verwerthen.

1) L. 77. § 6. D. de leg. II. Papinianus. Maevio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio, cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solveret. Cum sciens dominum vita decessisse Maevius pecuniam dedisset, non esse liberationem secutam constitit, nec, si Maevius solvendo non esset, in Titium actionem solidi vel jure Falcidiae dandam esse, quia mortis causa cepisse non videretur. diversum probandum foret, si Maevius ignorans dominum vita decessisse pecuniam errore labsus dedisset: tunc enim portio jure Falcidiae revocaretur.

Die mortis causa donatio hat, wie jede Schenkung, ein reales Erforderniß, nämlich die Vermögensbereicherung des Beschenkten und die Vermögensverminderung des Schenkers, und ein voluntares, nämlich den Willen der Parteien zu schenken bezw. geschenkt zu erhalten. Ist nun (durch Tod des Schenkers) der Wille zu schenken weggefallen, bevor das reale Erforderniß eingetreten ist, so wird, vorausgesetzt daß das reale Erforderniß dennoch eintritt, die Gültigkeit der Schenkung nicht beeinträchtigt. Tritt das reale Element

überhaupt nicht mehr ein, so kann dagegen von einer Schenkung natürlich nicht die Rede sein. Papinian entscheidet daher folgendermaßen: Ein Gläubiger hat seinen Schuldner Mävius beauftragt, an den Titius, dem er (laut Verabredung mit diesem) mortis causa schenken wollte, zu zahlen. Dieses Mandat erlischt mit dem Tode des Gläubigers. Zahlt also Mävius in Kenntniß des Todes seines Gläubigers, so wird er dadurch nicht frei, das Vermögen des schenkenden Gläubigers, oder vielmehr jetzt seines Erben, wird nicht vermindert, das Vermögen des Schenknehmers nicht vermehrt, da er sine causa auf Kosten des Mävius bereichert wird und also diesem mit der condictio haftet. Von einer Schenkung kann also beim Mangel des realen Erforderniſſes einer solchen nicht die Rede sein. Ganz anders aber, wenn Mävius in Unkenntniß des Todes des schenkenden Gläubigers gezahlt hat. Hier ist die Zahlung nach bekannten Grundsätzen gültig. Die Schuld geht unter, das (jetzt beim Erben befindliche) Vermögen des Schenkers ist vermindert und das Vermögen des Beschenkten vermehrt. Allerdings der Wille zu schenken ist in dem Moment, wo die Vermögensverminderung bezw. -Mehrung eintritt, in Folge des Todes des Schenkers nicht mehr vorhanden; aber Papinian erklärt das für gleichgültig. Die Schenkung ist an sich gültig und unterliegt daher der lex Falcidia.

2) Einen zweiten Beleg bildet die bedingte Novation.

Wenn ich mir von Titius novandi animo unter einer Bedingung dasjenige versprechen lasse, was mir Sempronius schuldet, so wird die Schuld des Sempronius erst mit Eintritt der Bedingung aufgehoben [1]) und zwar ohne alle Rückwirkung. Durch den inzwischen erfolgten Tod des Titius wird die liberatorische Wirkung

---

[1]) L. 14. pr. D. de novat. (46. 2) quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio. sed tunc demum, cum condicio extiterit. cfr. L. 8. § 1. L. 31. pr. eod. L. 56. § 8. de. V. O. (45. 1) Näheres darüber später.

trotzdem keineswegs gehindert, obgleich eine derjenigen Personen gestorben ist, zwischen denen die Novation vereinbart ist.

L. 24. D. de novat. (46. 2) ...... si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub condicione, quod mihi Sempronius debet, et pendente condicione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem condicio extiterit, novatio fieret.

Ist auch nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß der animus novandi mit dem inzwischen verstorbenen Titius und nicht etwa mit dem noch lebenden Sempronius vereinbart war, so unterscheidet doch der Jurist diese beiden Fälle in keiner Weise, ja seine Ausdrucksweise läßt sogar darauf schließen, daß ihm allein oder vorzugsweise der erstere Fall vorschwebte; denn nur in diesem ist die Vereinbarung über den animus novandi so mit der Stipulation verbunden, daß beides wie ein Ganzes durch die Worte referirt werden kann „si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub condicione." Wir haben also auch hier meines Erachtens ein zweifelloses Beispiel einer Endwirkung des Realgeschäftes in einer Zeit, wo der Wille der Parteien, diese Endwirkung hervorzurufen, nicht mehr fortdauert.

Zu einem gleichen Resultate führen practische Erwägungen und zwar nicht nur in diesem Falle, sondern mehr noch, wenn es sich um die Beendigung des Willens durch Widerruf handelt. Die obligatorische Wirkung der bedingten Stipulation (auch derjenigen, welche animo novandi abgeschlossen wird) ist nach den über obligatorische Verträge gegebenen Erörterungen zweifellos von dem fortdauernden Willen und der fortdauernden Willensfähigkeit (Leben) der Parteien unabhängig. Es würde unbillig im höchsten Maße sein, wenn für die liberatorische etwas Anderes gälte.

IV. Die bedingte Novation im Besondern.

1) Die bedingte Novation überhaupt.

§. 72.

Die Novation scheint nicht immer oder wenigstens nicht immer unbestritten als Realgeschäft betrachtet zu sein; denn, wie Gajus erzählt, hat Servius Sulpicius Rufus angenommen, daß eine bedingte Stipulation, auch wenn die Bedingung nicht eintrete, zur Novation genüge, und dementsprechend auch einer mit einem Sclaven als promissor abgeschlossenen Stipulation Novationswirkung zugeschrieben.

Gaj. III. § 179. Servius tamen Sulpicius existimavit, statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse (et) eo modo rem perire; qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi Lucius Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non potest; sed in utroque casu alio jure utimur: nec magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, 'spondes' verbo stipulatus sim.

Zu des Servius Zeit (oder mindestens nach des Servius Ansicht) war es also die Form der Stipulation, welche dem animus novandi liberatorische Kraft verlieh [1]), wie denn auch der letzte

[1]) Auf die bekannte Frage, ob und wie die Form der Novationsstipulation auf die alte Obligation Bezug nehmen mußte, und ob, wenn diese Bezugnahme sich vorfand, die alte Obligation stets mit Nothwendigkeit aufgehoben wurde, kann hier nicht eingegangen werden. Selbst die letztere Annahme würde der Auffassung des Textes nicht widersprechen, sondern lediglich als Consequenz des



Satz der angeführten Stelle darauf schließen läßt, daß, wo in der Form gefehlt war (also z. B. mit einem Peregrinen in der Form spondesne? spondeo stipulirt war) auch die ältere Ansicht die Novation für nichtig erklärte.

Hielt also Servius die Novation für ein voluntares Geschäft, abgeschlossen durch den in der Stipulationsform sich äußernden oder dieselbe begleitenden [1]) animus novandi, so mußte er consequenterweise und dem Princip der Simultanität entsprechend auch die Novationswirkung zeitlich mit dem Stipulationsact verbinden, also die liberatorische Wirkung auch im Fall bedingter Stipulation sofort eintreten lassen.

„statim et pendente condicione novationem fieri.“

In weiterer Consequenz dieser Ansicht und des Princips der Simultanität mußte er die Novation in allen den Fällen für unzuläſſig erklären, wo ihrer sofortigen Wirkung (namentlich auch der liberatorischen) ein Hinderniß entgegen steht, und dieser Umstand macht es noch wahrscheinlicher, daß wir in der That in der L. 41. D. de cond. (35.1), wie oben ausgeführt, eine historische Reminiscenz zu sehen haben; denn bei bedingten Legaten ist pendente condicione eine Novation mit sofortiger liberatorischer Wirkung um deshalb ausgeschlossen, weil eine Forderung noch nicht, auch nicht als pendente, existirt.

Schon zu Gajus Zeit ist die ältere Auffassung mit allen ihren Folgen überwunden. Nicht die Stipulationsform, sondern die Stipulationsobligation hebt die alte Obligation auf, und die Aufhebung der alten Obligation ist daher stets von der Entstehung der neuen [2])

Formalismus erscheinen, der mit der Anwendung der für die Erreichung bestimmter Folgen eingebürgerten Geschäftsform, diese Folgen auch in den Fällen verknüpft, wo dieselben der wahren Absicht der Parteien nicht entsprechen.

[1]) Vergl. die vorhergehende Anmerkung.

[2]) In einzelnen Fällen genügte eine Naturalobligation. Litteratur bei Windscheid, Pand. § 354. Anm. 3 u. 4.

und wenn diese eine bedingte ist, folgeweise von dem Eintritt der Bedingung abhängig. Im übrigen aber wird die Wirkung der bebedingten Novation und der Novation bedingter Schulden einer genaueren Besprechung bedürfen.

2) Die obligatorische Wirkung der bedingten Obligation.

§. 73.

Da mindestens im neueren römischen Recht der animus novandi nicht mehr in einer bestimmten Ausdrucksweise der Stipulation gefunden wird, sondern in völliger Formfreiheit neben derselben steht (wie er denn sogar zwischen anderen Personen als den Stipulationssubjecten vereinbart werden kann), so bezweifle ich nicht, daß eine bedingte Novation auch durch eine unbedingte Stipulation möglich ist, indem die Parteien verabreden, daß die unbedingte Obligation nur, wenn eine gewisse Bedingung eintrete, Novation bewirken, sonst aber aus irgend einem andern Grunde z. B. schenkungshalber geschlossen sein solle. In einem solchen Falle würde die neue Obligation eine unbedingte und, wenn nichts anderes verabredet, auch unbefristete Obligation sein, welche keine Besonderheit darbietet [1]). Practisch aber werden derartige Fälle selten vorkommen und in den Quellen werden sie nicht erwähnt. Ganz regelmäßig erfolgt vielmehr die bedingte Novation durch bedingte Stipulation.

---

[1]) Nur beiläufig sei bemerkt, daß dieser Fall besonders geeignet ist, die Nothwendigkeit der im § 71 II. Nr. 4. entwickelten Regel zu veranschaulichen. A stipulirt von B unbedingt und unbetagt unter der Verabredung, daß, wenn eine bestimmte Bedingung eintritt, die (vielleicht unter der gleichen Bedingung stehende) Schuld des B novirt werden soll, während für den Fall, daß die Bedingung nicht eintritt, eine Schenkung beabsichtigt ist. B zahlt nun alsbald dem A; später tritt die Bedingung (des animus novandi und vielleicht auch der prior obligatio) ein. Soll nun, weil B die neue Schuld schon gezahlt hat, dessen alte Schuld nicht mehr novirt werden?



Eine solche ist nach den gewöhnlichen Regeln zu behandeln. Sie erzeugt also sofort eine pendente (und befristete) Obligation, m. a. W.: wenn später die Bedingung eintritt, so wird klar, daß schon von der Stipulation an eine pendente (befristete) Obligation bestanden habe, und es treten alle diejenigen Wirkungen ein, welche wir für die bedingten Vertragsobligationen entwickelt haben. Keinen berechtigten Zweifel hieran kann der Umstand erregen, daß, wie sich später zeigen wird, die liberatorische Wirkung der Novation erst zur Zeit der Erfüllung der Bedingung eintritt; denn wir haben bereits gesehen, daß die obligatorische Wirkung der Novation überhaupt der liberatorischen vorangehen kann, und nahezu unbestritten ist heutzutage, daß die obligatorische Wirkung sogar ohne die liberatorische möglich ist.

Auch die Quellen ergeben für die bedingte Novation in dieser Beziehung keinen Zweifel, ja sie würden sogar eine Bestätigung ergeben, wenn wir (worüber später) mit der gewöhnlichen Ansicht annehmen dürften, daß bei der Novation der bedingten Schuld auch die Stipulation bedingt ist. Unter dieser Voraussetzung erbringt nämlich die schon oben besprochene L. 21. D. de novat. (46. 2) auch für die bedingte Novation einen Beweis, da in derselben die Acceptilation der für eine bedingte Legatsobligation geschlossenen Novationsstipulation für möglich erklärt ist, also, da die Acceptilation zukünftiger Schulden unmöglich ist [1]), indirect ausgesprochen ist, daß die bedingte Obligation aus der Novationsstipulation als pendente bereits existire.

Auch in Betreff der Unmöglichkeit der Leistung wird die bedingte Novationsstipulation wie jede andere Vertragsobligation behandelt. Sie ist also nichtig, wenn die versprochene Leistung pendente condicione unmöglich wird.

---

[1]) Darüber oben S. 241. ff.

Dies beweisen folgende, theilweise schon früher benutzte Stellen.

L. 56. § 8. D. de V. O. (45. 1). Julianus. Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub condicione promiserit, et is pendente condicione post moram Titii decesserit, *confestim cum Titio agere potero nec Sejus existente condicione obligetur;* at si Titio acceptum fecissem, Sejus existente condicione obligari potest Idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Sejus obligaretur.

L. 14. pr. D. de novat. Ulpianus. Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, *nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur.* unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.

L. 72. § 1. D. de solut. (46. 3). Marcellus. Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, *quia novari prior obligatio non potest* petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est, eum qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.

L 72. § 2 u. 3 eodem. Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente stipulator accipere

noluisset. Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condictione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. si tamen, cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge prius quam facultatem ejus nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse: non enim optulisse eum propter absentiam intelligi potest.

L. 31. pr. D. de novat. (46. 2). Venulejus. Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit quominus daret; ideoque si hominem mihi dare te oporteat et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris; et si priusquam decederet, cum jam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio extiterit, cum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.

Dieselben zerfallen in drei Gruppen.

Die erste Gruppe, die L. 56. § 8. D. de V. O. (45. 1) und die L. 72. § 2 u. 3. D. de solut. (46. 3), spricht von der Novation mit Schuldnerwechsel; denn, wenn auch hin und wieder bezweifelt worden ist, ob die L. 56. § 8 überhaupt von einer Novation rede, so ist dies doch nicht nur nach der Ausdrucksweise wahrscheinlich, sondern ergibt sich mit Nothwendigkeit aus der Schlußentscheidung, da die Schuld des Sejus, wenn sie eine accessorische (Bürgschaft oder Correalobligation) wäre, durch die mit Titius abgeschlossene Acceptilation gleichfalls aufgehoben werden würde.

Die zweite Gruppe, welche nur die L. 14. pr. D. de novat.

(46. 2) enthält, spricht ganz allgemein, so daß man sie am einfachsten auf jede Novation mit oder ohne Personenwechsel bezieht [1]).

Die dritte Gruppe endlich, nämlich die L. 31. pr. D. de novat. und die L. 72. § 1. de solut., hat nur die Novation zwischen denselben Subjecten im Auge.

Die erste Gruppe erklärt nun die bedingte expromissio, durch welche ein im Verzuge befindlicher Schuldner befreit werden soll, für nichtig, wenn der Gegenstand pendente condicione untergeht [2]).

Die zweite (L. 14. pr. cit.) trifft dieselbe Entscheidung ganz allgemein für die bedingte Novationsstipulation und zwar in dem ersten Satze für den Fall, daß zur Zeit der Stipulation der Schuldner noch nicht in mora war, in dem zweiten unter Berufung auf Marcellus auch für den Fall der mora.

Die dritte Gruppe endlich anerkennt dasselbe Princip für die Novation unter denselben Subjecten; die beiden Stellen dieser Gruppe unterscheiden sich aber darin, daß Marcellus in L. 72. § 1 cit. das Princip auf diesen Fall auch dann anwendet, wenn der Schuldner bei Abschluß der Stipulation in mora war, während Venulejus alsdann eine Ausnahme annimmt (manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, *nisi si per promissorem steterit, quominus daret*), mithin die Stipulation (bei eintretender Bedingung) für gültig und novirend erklärt (et si prius-

---

1) Allenfalls wäre es möglich, die Stelle nur von der Novation zwischen denselben Personen zu verstehen, keinenfalls aber kann sie, was hier in Betracht kommt, auf die Novation mit Personenwechsel beschränkt werden.

2) Die L. 72. § 2 u. 3 erörtert zwar principiell nur die Frage, ob der alte Schuldner von seiner Haftung für mora befreit sei; zugleich aber wird stillschweigend vorausgesetzt, daß die neue Obligation nicht zu Stande komme; denn sonst würde ja die alte Schuld durch Novation aufgehoben und die Frage, ob der alte Schuldner noch für mora hafte, gar nicht aufgeworfen werden können. Uebrigens ist auch das „quia novari prior obligatio non potest" im § 1 zu vergleichen, da diese Begründung sich stillschweigend auf die im § 2 u. 3 referirten Fälle mitbezieht.

quam decederet, cum jam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio exstiterit, cum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet).

Einig sind also alle Stellen über das allgemeine Princip und dessen Anwendbarkeit auf Novationen mit Schuldnerwechsel, mochte mora vorhergegangen sein oder nicht, sowie auf Novationen unter denselben Personen, wenn keine mora vorlag. Für den Fall der Novation unter denselben Personen nach eingetretener mora dagegen besteht Differenz. Freilich hat Römer[1]) versucht, diesen Widerspruch zu beseitigen und die L. 14. pr. sowie die L. 72. § 1. gegenüber der L. 31. pr. als unbeweisend zu behandeln, aber m. E. nicht mit Recht. Wenn er behauptet, daß Ulpian in L. 14. pr. nur die Ansicht des Marcell referire, so wäre darauf zunächst zu antworten, daß eine Relation ohne Widerspruch bei den römischen Juristen regelmäßig Billigung bedeutet. Zudem aber ist Römer's Behauptung auch nicht richtig. Ulpian referirt nicht nur, sondern er erwähnt den von Marcell aufgestellten Satz als eine Consequenz des von ihm selbst entwickelten, daß keine Novation eintrete, wenn „non subest res eo tempore, quo condicio impletur". Er referirt nicht nur, sondern er schließt, daß die von ihm referirte Ansicht des Marcell aus der seinigen folge (unde Marcellus etc.). Sein Schluß ist auch richtig: Wenn es zutrifft, daß die bedingte Stipulation die Existenz des versprochenen Objectes bei Eintritt der Bedingung erfordert, so ist es auch wahr, daß in dem von Marcell besprochenen Fall die neue Obligation nicht entsteht und von einer Hinübernahme der mora in dieselbe nicht die Rede sein kann. Auf die purgatio morae der alten Obligation kann allerdings aus dem von Ulpian entwickelten Satze nicht geschlossen werden; aber die Ewähnung dieses Punktes ist auch mehr zufällig, nämlich durch einen äußeren Umstand

[1]) S. 210 ff.

veranlaßt. Marcell hatte nämlich in der von Ulpian angezogenen Stelle — das ist aller Wahrscheinlichkeit nach das uns erhaltene Fragment aus seinem 20. Buche der Digesten L. 72. § 1 cit. — die Nichtentstehung der neuen Obligation und die selbstverständliche Folge, daß die mora auf diese nicht übergegangen sein kann, zwar angedeutet und als selbstverständlich vorausgesetzt, aber nicht ausgeführt, so daß es kaum möglich war, seine Meinung hierüber anders als in Verbindung mit seinem Ausspruch über die purgatio morae der alten Obligation zu referiren [1]).

Ebenso wenig ist es Römer gelungen, die L. 72. § 1 zu entkräften; denn seine Bemerkung, daß diese Stelle unsere Frage nur beiläufig behandle, dagegen ex professo nur die Frage über die Wirkung der bedingten Novation auf die mora aus der prior obligatio erörtere, ist zwar an sich richtig, aber in keiner Weise durchschlagend, weil es gleichwohl unbestreitbar bleibt, daß Marcell die Nichtentstehung der neuen Obligation als selbstverständlich betrachtet und aus diesem Grunde den Eintritt der Novation ausdrücklich in Abrede stellt.

(pendente ea — sc. condicione — Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest etc.).

Der Widerspruch zwischen Venulejus auf der einen, Marcell und Ulpian auf der anderen Seite ist m. E. keineswegs auf verschiedene Auffassungen über die bedingte Novation an sich oder bedingte obligatorische Verträge im Allgemeinen zurückzuführen, sondern er wurzelt in einer verschiedenen Auffassung der Absicht der Parteien. Venulejus nimmt an, der Schuldner wolle, da er selber Schuldner der alten Obligation war (cum jam ex stipulatu obligatus es mihi), sich in genau derselben Weise und genau demselben Um-

---

[1]) Durch das Gesagte erledigen sich auch die beiden anderen Einwendungen Römer's gegen l. 14. pr. S. 211 oben.

fange verpflichten, wie er bisher verpflichtet war, also namentlich auch für die Folgen der mora in gleicher Weise wie bisher haften.

Daß eine solche vertragsmäßige Haftung möglich ist, unterliegt keinem Zweifel und wird zudem durch L. 83. § 7. L. 91. § 6. D. de V. O. (45. 1) und namentlich L. 1. § 13. D. ut leg. (36. 3) erwiesen [1]), da es der letzteren Stelle in dieser Beziehung natürlich keinen Abbruch thut, daß sie von der accessorischen Stipulation redet. Wird nun eine solche vertragsmäßige Haftung eingegangen, so wird also, wie Venulejus ganz consequent folgert, die alte Obligation novirt.

Marcellus und Ulpian dagegen, denen wir uns m. E. anzuschließen haben, sehen in dem Umstande, daß die gleiche Person, welche die prior obligatio schuldet, die posterior übernehmen will, keinen genügenden Grund, auf die Absicht völliger Gleichheit der übernommenen und der alten Schuld zu schließen. Sie behandeln daher die Stipulation in diesem Falle genau so wie jede andere bedingte Stipulation einer species und erklären sie für nichtig, wenn die species pendente condicione untergeht.

3) Die liberatorische Wirkung.

§. 74.

Wenn unter einer Bedingung stipulirt wird in der Absicht, dadurch eine bestehende Obligation mit sofortiger Wirkung auch für den Fall des Nicheintritts der Bedingung aufzuheben, so ist (nach Ueberwindung der älteren Ansicht des Servius Sulpicius) kein Zweifel, daß gleichwohl eine Novation nur für den Fall des Eintritts der Bedingung angenommen werden kann. Die Schuld geht, wie beabsichtigt, zwar sofort unter, ob aber durch Novation oder einfachen Erlaß (römisch pactum de non petendo) ist noch unge-

[1]) Eine nähere Ausführung dieses Punktes ist später (§ 76) zu geben. Wegen der beiden zuerst citirten Stellen ist auch die Anlage II zu vergleichen.

wiß und von dem zukünftigen Eintritt respective Ausfall der Bedingung abhängig. Immerhin aber haben wir hier einen Fall, wo der Absicht der Parteien gemäß die bedingte Novation die pendente sofortige Aufhebung der Obligation bewirkt, wo mit andern Worten durch den Eintritt der Bedingung klar wird, daß die prior obligatio schon im Moment der Stipulation novirt worden ist. Diesen Fall bespricht

Gaj. III. § 179. Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut *ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit;* alioquin si defecerit, duret prior obligatio: sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis exstiterit condicio.

Die Absicht der Parteien ist, einer Schuld eine Bedingung hinzuzufügen, m. a. W. die unbedingte Schuld durch eine bedingte zu ersetzen, und das heißt eben, die bedingte Stipulation mit der Absicht abschließen, daß die bestehende Obligation sofort aufgehoben werden soll. Gajus entscheidet vollkommen unserer Ausführung entsprechend, daß eine Novation nur für den Fall erfolgt sei, daß später die Bedingung eintrete. Seine Ausdrucksweise zeigt aber auch, daß er, wenn die Bedingung eintritt, die Aufhebung schon im Moment der Stipulation geschehen erachtet; denn er sagt nicht „*tunc* dicamus *fieri* novationem, *cum* condicio extiterit," sondern mit einer gerade bei diesen Fragen unsere heutige Redeweise weit übertreffenden, in den Aussprüchen der römischen Juristen fast stets sich findenden Präcision: *ita* dicamus *factam* novationem, *si* condicio extiterit.

Fälle wie diese sind aber nicht häufig und mit Recht warnt Gajus in L. 30. § 2. D. de pactis (2. 14), sie bei bedingten Novationen als die Regel zu betrachten.

L. 30. § 2. D. de pactis (2. 14). Gaj. l. 1. ad ed. prov. Si sub condicione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet, an deficiente condicione si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoveri? Et magis est, exceptionem non esse opponendam; vergl. auch L. 8. i. f. de cond. causa data (12. 4).

In der Regel erfolgt die bedingte Novation (durch bedingte Stipulation) in der Absicht, daß die Aufhebung der alten Obligation erst bei eintretender Bedingung stattfinden soll. Wie überall in der Regel, enthält also auch hier die Bedingung zugleich eine Befristung. Die Novation ist nur für den Fall, daß, und erst für die Zeit, wo die Bedingung eintritt, gewollt. Dementsprechend sagen denn auch die Quellen mit klaren Worten, die Novation trete erst bei Erfüllung der Bedingung ein.

L. 14. pr. D. de novat. (46. 2). Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, *non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit.*

Die Stelle läßt sich mit der Annahme sofortiger pendenter Novation schlechterdings nicht vereinigen. Selbst wenn man in den Worten „non statim fit novatio“ nur die Verneinung sofortiger Gewißheit der Novation finden wollte, was keineswegs ohne Bedenken wäre, so widersprechen die folgenden Worte „sed tunc demum, cum condicio extiterit“ der Rückwirkung absolut.

Ebenso beweisend ist L. 44. § 6. D. de O. et A. (44. 7) Paulus. Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, *et existens sequentis condicio* non tollat priorem? an vero *tranferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.*

Ferner gehört hierher die

L. 8. § 1. D. de novat (46. 2). Ulp. l. 46. ad Sab. Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta et

hoc actum, ut novetur, fiet novatio, si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub condicione, non statim, sed ubi condicio extiterit. nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, cum certum est diem quandoque venturam: at qui sub condicione stipulatur, non statim (statim del. Mommsen) novat, nisi condicio extiterit.

Der erste Satz besagt, daß bedingte Legate nicht sofort, sondern erst bei eintretender Bedingung novirt werden (non statim sed ubi condicio extiterit), und eine Rückwirkung ist hier geradezu undenkbar, da die Legatsobligation selber ohne jede Rückwirkung erst bei eintretender Bedingung entsteht. In dem zweiten Satze aber wird hiermit jede bedingte Novation gleichgestellt (nam et alias etc.). Allerdings ist die Ausdrucksweise am Schlusse der Stelle eine solche, daß sie eher zur Annahme der Rückwirkung passen würde. Vermuthlich um den so entstehenden inneren Widerspruch zu beseitigen und die Stelle mit dem gleichfalls von Ulpian herrührenden Ausspruch der L. 14. pr. zu vereinigen, hat Mommsen m. E. mit Recht vorgeschlagen, das statim zu streichen.

Einige unterstützende Kraft ist auch den Schlußworten der L. 31. pr. D. de novat. nicht abzusprechen.

si . . . . . . *deinde condicio extiterit*, cum jam ex stipulatu obligatus es mihi, *novatio* quoque *fiet*.

Auch hier müßte bei Annahme der Rückwirkung und correcter Ausdrucksweise erwartet werden „novationem factam apparebit".

Endlich würden die später zu besprechenden, die Novation bedingter Schulden behandelnden Stellen auch hier zu verwerthen sein, sofern man mit der gewöhnlichen Ansicht die Novation der bedingten Schuld für eine bedingte Novation hält.

Unter diesen Umständen muß es als ganz verwerflich erscheinen, wenn Viele unter Berufung auf Stellen, welche nicht von der liberatorischen Wirkung der Novation, ja überhaupt nicht von der Nova-

tion, sondern von obligatorischen Verträgen reden, Rückwirkung für die bedingte Novation postuliren. Sie befinden sich nicht allein mit den Quellen, sondern auch mit der Absicht der Parteien im Widerspruch, indem sie den in der Bedingung liegenden dies ignoriren. Bei dem bedingten obligatorischen Vertrage wird dieser dies trotz Annahme der Rückwirkung respectirt. Der Eintritt der Bedingung zeigt, daß die Obligation schon zur Zeit des Vertrages als befristete entstanden ist. Die Analogie bedingter obligatorischer Verträge auf liberatorische, ferner, wie wir gesehen haben, auf Uebertragungen dinglicher Rechte, ist eben unzulässig, weil es weder eine sofort ins Leben tretende und doch befristete Aufhebung von Rechten, noch sofort entstehende und doch befristete dingliche Rechte (mit Ausnahme des Pfandrechtes) giebt.

Schon oben (§ 71 II. 2) ist gezeigt, daß die Wirksamkeit der bedingten Novation unabhängig ist von dem fortdauernden Leben, der Willensfähigkeit und dem Willen der Parteien. Es wird also durch die bedingte Novation die ursprüngliche Obligation mit der Eigenschaft behaftet („sie ist in ea causa", würden die Römer sagen), daß sie mit dem Eintritt der Bedingung untergeht.

4) Die Wirkung der bedingten Novation auf die prior obligatio bei schwebender Bedingung.

§. 75. a) Nichtverwandlung in eine Obligation unter entgegengesetzter Bedingung.

Die häufig aufgestellte Behauptung [1]), die prior obligatio werde durch die bedingte Novation in eine bedingte verwandelt, bedingt nämlich durch das Nichteintreten des die Novationsstipulation bedingenden Umstandes, ist zu verwerfen. Von der Verwandlung einer unbedingten Schuld in eine bedingte kann man allenfalls in einem doppelten Sinne reden.

---

[1]) Ausführliche Litteraturnachweisungen über diesen Punkt gibt Römer S. 85 — 87.

1) Genau genommen ist darunter die völlige Aufhebung der alten Schuld und die Errichtung einer neuen bedingten an ihrer Stelle zu verstehen.

Eine Verwandlung in diesem Sinne liegt in unserem Falle unzweifelhaft nicht vor. Es fehlt dafür an allen Erfordernissen, sowohl was die Aufhebung der alten Schuld, als was die Entstehung der neuen (sub contraria condicione) betrifft.

Am einfachsten zeigt sich dies in dem Fall, daß die Bedingung der Novationsstipulation später ausfällt. Hier tritt gar keine Novation ein. Wodurch sollte also die alte Obligation aufgehoben sein? Hier ist auch keine Obligation contrahirt. Wodurch sollte also die Obligation sub contraria condicione, die ja gerade in diesem Falle purificirt würde, entstanden sein? Zudem widersprechen auch die Quellen direct. Sie sagen in diesem Fall, die alte Obligation dauere fort, sie bleibe bestehen, gerade als habe die bedingte Novation gar nicht stattgefunden:

Gaj. III. § 179. si (condicio) defecerit, *durat prior obligatio;* ebenso § 3. J. quib. mod. toll. obl. (3. 29). L. 36. D. de reb. cred. (12. 1) non dubito quin mea *pecunia* . . . . etiamsi condicio . . . . . non extiterit . . . *credita esse permaneat, perinde est enim ac si nulla stipulatio intervenisset.*

Das ist aber das gerade Gegentheil der oben gegebenen Auffassung.

2) Eine Verwandlung einer unbedingten Obligation in eine zwar nicht eigentlich bedingte, aber doch einer bedingten ähnliche, nämlich schwebende Obligation ist als lediglich aufhebender Act denkbar bei Annahme voller Rückwirkung. Nehmen wir nämlich an, der Eintritt der Bedingung zeige, daß die alte Obligation schon im Moment der Novationsstipulation aufgehoben sei, mit anderen Worten, die bedingte Novation bewirke die sofortige pendente (durch den Eintritt oder Ausfall der Bedingung aufklärbare) Aufhebung

der alten Obligation, so hieße das mit anderen Worten, die alte Obligation bliebe einstweilen nur als pendente bestehen. Freilich würde sie sich auch dann noch von der bedingten Obligation wesentlich unterscheiden, weil bei dieser wegen Ungewißheit des Entstandenseins der Obligation die Annahme des Nichtentstandenseins prävalirt, während in unserem Falle wegen Ungewißheit der Aufhebung die Annahme der Fortdauer prävaliren müßte [1]). Aber selbst abgesehen von dieser erheblichen Differenz scheitert die ganze Betrachtung daran, daß, wie wir gesehen haben, die aufhebende Wirkung der Novation ohne jede Rückwirkung erst mit Eintritt der Bedingung erfolgt.

Es ist also die angebliche Verwandlung der alten Obligation in eine bedingte weder mit der Natur des Geschäftes noch mit den Quellen im Einklang. Es wird sich zeigen, daß auch die dafür geltend gemachten Beweisgründe nicht zutreffen.

Wenn man sich zunächst auf die Analogie der bedingten ademtio legati berufen hat, so ist zwar richtig, daß diese das Legat in ein bedingtes (sub contraria condicione) verwandelt; völlig unzulässig aber ist die Analogie. Die ademtio legati ist nicht die Aufhebung eines Rechtes, sondern eines Rechtsgeschäftes, welches noch keine Wirkung, kein Recht erzeugt hat. Der Testator sagt nicht, ein bestimmtes Recht solle, wenn eine Bedingung eintrete, aufgehoben werden (wie bei der liberatio legata), sondern er erklärt, daß die Verfügung für einen gewissen Fall nicht mehr, also nur noch für den entgegengesetzten Fall gelten solle. Damit aber widerruft er eine Willenserklärung und setzt eine wesentlich verschiedene [2]), nämlich bedingte Willenserklärung an ihre

---

1) Beides folgt daraus, daß eine neue Rechtswirkung erst angenommen werden darf, wenn sie sicher ist.

2) Vergl. oben S. 183.

Stelle [1]). Diese neue bedingte Willenserklärung kann dann natürlich nur nach den gewöhnlichen Regeln über bedingte Legate behandelt werden.

Kaum besser steht es mit dem Quellenbeweise der Gegner. Die L. 36. D. de reb. cred. (12. 1) erbringt, wie schon oben (S. 356 ff.) angeführt, in ihrem entscheidenden Theile, nämlich in der Antwort des Javolenus den Beweis dafür, daß die Obligation nicht in eine bedingte Obligation verwandelt wird, sondern bei Ausfall der Bedingung der Novationsstipulation als die alte Schuld bestehen bleibt „credita esse permaneat.“ Wenn also wirklich der Fragende von der Ansicht unserer Gegner ausgegangen sein sollte [2]), so ist diese eben durch Javolenus Antwort verworfen.

Wenn sich die Gegner endlich auf L. 80 u. 83. D. de jure dot. (23. 3) (lex geminata) berufen, so beruht das m. E. nur auf einem Mißverständniß. Als bedingt wird hier nicht die prior, sondern die posterior obligatio bezeichnet. Donec obligatio in ea causa

---

1) Vergl. auch Römer. S. 96.

2) Auch das scheint mir keineswegs sicher; denn der in den jetzigen Ausgaben befindliche Text bedarf jedenfalls einer Aenderung. Statt der gewöhnlichen, schon von Haloander herrührenden, auch von Mommsen, wenn gleich als unsicher, vorgeschlagenen Conjectur „spopondisses“ empfiehlt sich m. E. weit eher eine Interpunktionsänderung, die ja, da den Handschriften die Interpunktion fehlt, keine Conjectur ist. Ich setze nach spopondisti ein Fragezeichen, betrachte also den Satz „cum pendente — nihil acturus sum“ als eine zwiefache Frage.

Ich übersetze demnach: „Das Geld, welches Du mir ohne Bedingung schuldetest, hast Du auf mein Geheiß dem Attius unter einer Bedingung versprochen: Während Deine Obligation bei schwebender Bedingung in dieser Lage ist, hast Du mir da gleichsam unter der entgegengesetzten Bedingung versprochen? (d. h. wirst Du so behandelt, als ob Du mir unter entgegengesetzter Bedingung versprochen hättest?) und (die Römer lassen das et bei zwiefachen Fragen häufig fort), wenn ich bei schwebender Bedingung klage, erziele ich da keine Wirkung?“ Dieser Auffassung der Frage entspricht die Antwort genau, da sie zunächst den ersten Theil verneint und dann den zweiten in sofern bejaht, als gleichsam eine plus petitio tempore anzunehmen sei (vergl. S. 356).

est (d. h. so lange das obligatorische Verhältniß dasselbe bleibt, mit andern Worten, bis die Ehe eingegangen und dadurch die Purification der Obligation bewirkt wurde), ist nämlich diese promissio in pendenti, und — was der Jurist besonders auszuführen für unnöthig hält — so lange die Novationsstipulation schwebt, kann die alte Obligation nicht geltend gemacht werden; denn in der Anweisung an den Schuldner, die Schuldsumme einem Dritten unter einer Bedingung zu versprechen, liegt der stillschweigende Verzicht auf einstweilige Geltendmachung der Schuld. Die letztere Regel ist im § 77 näher zu begründen und zu erweitern.

§. 76. b) Purgatio morae.

Die höchst bestrittene und schwierige Frage der purgatio morae bei schwebender Bedingung steht mit der allgemeinen Wirkung bedingter Rechtsgeschäfte nur in sehr losem Zusammenhang, bildet namentlich, wie man sie auch beantworten möge, mit keiner der aufgestellten Theorien über die Wirkung bedingter Rechtsgeschäfte einen Widerspruch. Sie dürfte also hier ganz übergangen werden, wenn nicht ihre Behandlung in den Quellen mit der Erörterung der allgemeinen Wirkungen bedingter Stipulationen und Novationen so verflochten wäre, daß ein endgültiges befriedigendes Verständniß der einschlagenden (von uns theilweise schon benutzten) Stellen ohne Eingehen auch auf diesen Punkt nicht zu erreichen ist. Immerhin ist bei dieser secundären Bedeutung der Lehre für unsern Hauptzweck eine Beschränkung auf die Darlegung der eigenen Ansicht wünschenswerth und auch wegen des besonderen Reichthums an kritischen Beleuchtungen aller bisher aufgestellten Ansichten [1]) erlaubt.

---

[1]) Citate bei Windscheid. §. 281. Anm. 7 besonders ausführlich Römer, namentlich S. 194 — 222, wo außer der eigenen 13 andere Ansichten besprochen werden.



Ich nehme mit allen neueren Schriftstellern über diesen Punkt an, daß unter den römischen Juristen bezüglich der purgatio morae verschiedene Ansichten bestanden haben, glaube indeß, was vielfach in Abrede gestellt wird, daß bei jeder der Fragen, in welche sich die Hauptfrage auflöst, eine Entwicklung, ein Fortschreiten zum Vollkommneren, namentlich zu einer treffenderen Würdigung der Parteiabsicht zu bemerken ist.

Diese Fragen, deren Aufstellung und Trennung in der Darstellung das Verständniß des verwickelten Stoffes sehr erleichtert, sind:

I. Wird bei unbedingter oder bedingter Novation die mora der alten Schuld auf die neue Obligation (falls eine solche zu Stande kommt) übertragen?

II. Wird, wenn die neue Obligation nicht entsteht oder wenn ihre Entstehung noch ungewiß ist (pendente condicione), die mora der alten Schuld purgirt?

III. Eine dritte Frage — Enthält die bedingte Novation eine Fristbewilligung? — deren Zusammenhang mit der purgatio morae wenigstens zu prüfen ist, wird, weil sie außerdem jedenfalls selbständige Bedeutung hat, in einem besonderen Paragraphen (§ 77) behandelt werden.

Zu I.

Eine Uebertragung der mora der alten Obligation auf die neue ist, wenn man es mit diesem Ausdruck streng nimmt, nicht denkbar; denn für die neue Obligation liegt keins der Erforderniße der mora, weder Zahlungssäumniß noch Mahnung, vor, und eine vertragsmäßige mora gibt es nicht. Möglich aber ist, und davon allein ist hier zu handeln, die vertragsmäßige Uebernahme einer Obligation mit gleicher Wirkung, als ob der Schuldner in mora wäre, also einer Schuld von ganz denselben Eigenschaften und mit denselben gegenwärtigen und zukünftigen Folgen, wie sie der durch die mora modificirten alten Obligation zukommen. Gegen die Gül-

tigkeit eines solchen Vertrages ist ein Zweifelsgrund nicht ersichtlich; zudem wird derselbe durch L. 1. § 12, 13. D. ut leg. (36. 3) bezeugt.

Ulpianus § 12. Certe sive ex asse sive ex parte quis legatum debeat, cavere debet, sive institutus sit heres sive substitutus. § 13. Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. et recte placuit ex mora incrementum habituram stipulationem, ut id quod oportebit comprehendat.

Die Stelle besagt, daß die accessorische stipulatio legatorum servandorum causa auch die Folgen der mora, selbst die zukünftigen, mitumfasse. Eine solche accessorische Stipulation wurde, wie das in der Natur der Sache liegt, gewöhnlich als stipulatio incerta (quod ex testamento mihi debes L. 75. § 6. D. de Verb. Obl. (45. 1) oder ähnlich) abgeschlossen, und man wird auf den ersten Anblick geneigt sein, in der gleichlautenden Novationsstipulation den gleichen gewollten Inhalt und die gleiche Wirkung zu vermuthen. Zweifelhafter liegt die Sache schon, wenn die stipulatio als certa abgeschlossen ist, z. B. wenn ein Sclav geschuldet war und nun nach eingetretener mora derselbe Sclav versprochen wurde. Hier konnte höchstens bei der Novation ohne Personenwechsel eben daraus, daß der schon verpflichtete Schuldner seinem Gläubiger aufs neue versprach, ein Argument hergeleitet werden, daß die Absicht der Parteien auf eine der alten Obligation völlig inhaltsgleiche Obligation gerichtet sei, und so hat in der That Venulejus in L 31. pr. D. de novat. geschlossen:

L. 31. pr. D. de novat. (46. 2). Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub condicione novandi animo ab eodem stipuler, *manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quominus daret;* ideoque si hominem mihi dare te opor-

teat, et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris; et si priusquam decederet, cum jam mora facta sit, eundem a te sub condicione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde condicio extiterit, *cum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.*

Der Jurist spricht zunächst aus, daß eine Novationsstipulation zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner der alten Obligation keine Novation erzeuge, wenn die stipulirte Sache pendente condicione untergehe, eine Entscheidung, welche ersichtlich auf der genugsam besprochenen Ungültigkeit der Stipulation und dem Nichtzustandekommen der neuen Obligation beruht. Sodann aber macht er eine Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner zur Zeit der Stipulation schon in mora war. Unter dieser Voraussetzung soll novirt werden, mithin die Stipulation und die neue Obligation gültig sein, d. h. der Schuldner aus der neuen Obligation trotz des casuellen Unterganges der Sache haften. Aus dieser theoretischen Regel wird sodann die Entscheidung eines practischen Falles abgeleitet (ideoque) oder die Regel durch den Fall erläutert: „Wenn Du mir einen Sclaven schuldest und in mora bist, so haftest Du auch nach dem Tode des Sclaven, und wenn Du mir, schon in mora befindlich, denselben Sclaven unter einer Bedindung (novandi animo) promittirt hast und der Sclav pendente condicione stirbt, so tritt Novation ein; denn Du schuldetest mir diesen Sclaven schon früher, es ist also zu vermuthen (füge ich hinzu), daß Du dich in gleicher Weise, wie bisher, durch die neue Stipulation verpflichten und auch die Haftung für mora übernehmen wolltest.“ Daß eben dies der Gedankengang des Venulejus ist, folgt nicht nur aus dem Mangel jeder anderen irgendwie befriedigenden Erklärung seiner Ansicht, sondern es wird auch durch das *„cum jam ex stipulatu obligatus es mihi,“* und ferner durch die zu Anfang des Beispieles befindliche Bezugnahme auf die Haftung des debitor in mora für casus bewiesen.

Die ganze Argumentation paßt, was die jetzt besprochene Frage betrifft, ersichtlich nicht nur für die bedingte Novation, sondern eben so gut für die unbedingte. Bei letzterer fällt sogar ein Zweifelsgrund fort, den Venulejus aus der Regel über die Ungültigkeit bedingter Verträge bei pendente condicione erfolgtem Untergange des Objectes entnimmt. Wir dürfen also annehmen, daß Venulejus auch bei unbedingter Stipulation unter denselben Subjecten die Absicht der Parteien in gleicher Weise gedeutet habe. Ferner mußte er aus den oben erörterten Gründen bei der (bedingten oder unbedingten) stipulatio incerta dieselbe Interpretation um so mehr eintreten lassen, als hier die Formel geradezu auf eine der alten inhaltsgleiche neue Obligation gerichtet war.

Allein die ganze Ansicht des Venulejus konnte von den römischen Juristen nicht dauernd gebilligt werden; denn er hat bei seiner sonst richtigen Deduction einen Punkt übersehen. Ich will denselben zunächst bei der Delegation erörtern, weil er da am schärfsten hervortritt. Wenn ich meinem Gläubiger einen Dritten (z. B. meinen Schuldner) delegire und er dies novandi animo annimmt, so habe ich ihm, statt zu zahlen, das Versprechen eines Dritten (d. h. die Bewirkung desselben) angeboten und er ist damit zufrieden gewesen. Das ist nun keine Oblation — denn ich habe ihm nicht die geschuldete Leistung, sondern etwas Anderes angeboten — aber er ist mit diesem Anderen zufrieden gewesen. Welche Wirkung hat das nun auf die mora? Da unzweifelhaft die von der mora befreiende Wirkung der Oblation darin ihren Grund hat, daß jetzt den Schuldner kein Vorwurf mehr trifft, oder, um mit den Quellen zu reden, daß es nicht mehr per eum stat, quominus solvatur, so müssen wir die gleiche Wirkung auch in unserem Falle anwenden und überhaupt den allgemeinen Satz aufstellen: Die mora wird purgirt, wenn der Schuldner dem Gläubiger Zahlung anbietet, oder wenn er ihm irgend etwas Anderes anbietet, was der Gläubiger anstatt der Zahlung oder als

Schuldbefreiung (datio in solutum oder Novation) gelten lassen will, wobei natürlich vorausgesetzt ist, daß dieses Andere auch wirklich erfolgt; also z. B. der delegirte Schuldner auch wirklich promittirt. Denn sonst wäre dieses Anbieten nur ein leeres Wort, gerade wie die wahre Oblation, wenn der Schuldner gar nicht zu leisten im Stande war.

Gehen wir von diesem Gedanken aus, so enthält also die zwischen Schuldner und Gläubiger novandi animo stattfindende Verabredung der Delegation unter der Voraussetzung, daß der Dritte (der Delegat) auch wirklich verspricht, zwar keine eigentliche Oblation, aber sie steht der Oblation in ihrer Wirkung gleich, sie befreit ebenfalls von der mora.

Was aber hier von der Delegation gesagt ist, das muß auch von der Novation unter denselben Personen gelten; auch hier offerirt der Schuldner, wenn er mit dem Gläubiger die Novation verabredet, ein Versprechen, nämlich sein eigenes, er delegirt gleichsam sich selber, und der Gläubiger ist damit einverstanden, nicht durch Zahlung, sondern durch dies Versprechen Befreiung von der alten Schuld eintreten zu lassen.

So erklärt sich ganz einfach eine Stelle Papinian's, deren anscheinende Unlösbarkeit sogar zu den mannigfachsten Textesveränderungen Anlaß gegeben hat.

L. 17. D. de cond. furt. (13. 1). Papinianus. Parvi refert ad tollendam condictionem, offeratur servus furtivus an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur: nec me movet, praesens homo fuerit, nec ne, cum mora, quae eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Statt delegatione hat man transcriptione oder oblatione oder dilatione (sc. temporis) lesen wollen, meines Erachtens ganz ohne Grund, da sich der Gedankengang des Juristen unter Ausfüllung der in papinianischer Weise überschlagenen Zwischengedanken nach

unseren Erörterungen folgendermaßen ergiebt: „Die der condictio furtiva anhaftende mora (nur von dieser, nicht von der Klage selbst will der Jurist sprechen, wie die Erwähnung der Oblation als Aufhebungsgrund zeigt) wird durch Uebertragung der Schuld in eine neue Obligation gerade so gut als durch Oblation des gestohlenen Sclaven gehoben. Auch ist in diesem Falle die Anwesenheit des Sclaven nicht erforderlich, welche bei der Oblation des Sclaven selber allerdings nöthig wäre; denn es wird ja nicht der Sclav selber offerirt, sondern der Schuldner bietet ein neues Schuldversprechen an, er delegirt gleichsam (sich selbst), und durch diese gleichsam Delegation, d. h. das darin liegende, von dem Gläubiger angenommene Anerbieten, die alte Schuld durch das neue Schuldversprechen zu tilgen, wird die aus dem furtum entstandene mora beendigt."

Derselbe Grundgedanke liegt auch der Ulpianischen L. 8. pr. D. de novat. (46. 2) zu Grunde:

Si Stichum dari stipulatus fuerim et, cum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata [1]).

---

[1]) Die Stelle von der accessorischen Stipulation zu verstehen, verbietet eben die Aufhebung der mora, für welche dann gar kein Grund vorläge, und die Stellung im Titel de novationibus. v. Salpius (S. 156 ff.) und Salkowski (S. 289 ff.) verstehen sie zwar von einer beabsichtigten Novationsstipulation, halten dieselbe aber wegen völliger persönlicher und inhaltlicher Gleichheit beider Stipulationen nach Gaj. III. § 177 für nichtig. Ob das richtig ist, kann hier unerörtert bleiben, weil die Stelle bei dieser Annahme einen fast noch besseren Beweis für unsere Auffassung erbringen würde. Wenn indeß v. Salpius und Salkowski sich für ihre Auffassung auch auf den Ausdruck purgari moram berufen, der bei Aufhebung der mora durch Novation ebenso wenig wie bei Zahlung vorkomme, so kann ich dem nicht beistimmen. Richtig ist nur, daß das Untergehen der mora durch Untergehen der Obligation niemals purgatio morae heißt. Hier aber geht die Schuld zwar bei der Novation, nicht aber durch

Hier wird die Aufhebung der mora geradezu als purgatio morae bezeichnet, was unsere Deduction in vollem Maße bestätigt.

Zu beachten ist auch, daß die römischen Juristen uns weder in dieser, noch in irgend einer anderen Stelle mit der Binsenwahrheit regaliren, daß die mora der alten Schuld aufhöre, wenn sie untergehe. Das halten sie für selbstverständlich und gleichgültig. Sie suchen viehlmehr stets nach einem Grunde, der die mora vor dem Untergang der alten Schuld oder, wenn auch gleichzeitig mit der Aufhebung, so doch unabhängig von derselben beendigt; denn gäbe es keinen solchen Grund, so müßte ja die der alten Schuld inhaltsgleiche Stipulation die Folgen der mora mitumfassen.

Die gleiche Erscheinung trifft endlich auch bei der expromissio ohne Delegation zu. Wie ein Dritter ohne Auftrag des Schuldners die Schuld durch Zahlung tilgen kann, so kann er bekanntlich auch die mora des Schuldners durch Oblation tilgen. Wenn nun der Dritte nicht die Leistung offerirt, sondern statt derselben ein Schuldversprechen, der Gläubiger aber damit einverstanden ist, so wird die mora gleichfalls wie durch Oblation der Leistung getilgt; denn auch hier muß die Oblation von etwas Anderem anstatt der Leistung gerade so wie die Oblation der Leistung selber wirken, wenn der Gläubiger dieses Andere anstatt der Zahlung als Schuldbefreiung gelten lassen will. Daß es nicht der Schuldner selbst ist,

dieselbe, sondern vielmehr dadurch unter, daß der Schuldner dem Gläubiger das von diesem angenommene Anerbieten gemacht hat, die Schuld anstatt durch Zahlung durch ein neues Schuldversprechen zu tilgen. Diese gleichsam Oblation ist als Aufhebungsgrund der mora wirksam, mag das Schuldversprechen selbst gültig sein oder nicht, was noch später gezeigt werden soll. Auch in Fällen zweifellos stattfindender Novation findet sich denn auch die Hindeutung auf purgatio morae, wie z. B. in L. 17. D. de cond. furtiva (oben S. 545), wo Papinian diesen Fall mit der Oblation des geschuldeten Objectes in der Wirkung gleichgestellt, ferner in L. 14. pr. D. de novat., die freilich erst später besprochen werden kann.

der dieses Andere anbietet, kann ebensowenig in Betracht kommen wie bei der eigentlichen Oblation.

Zu II. Wird die mora der alten Schuld purgirt?

Diese Frage ist, was das grundlegende Princip betrifft, schon bei Gelegenheit der vorigen, für deren Entscheidung sie eine Voraussetzung bildete, beantwortet und bejaht. Aber wir hatten dort nur diejenigen Fälle zu prüfen, in denen die neue Obligation gültig ist. Gilt nun das gleiche, wenn die neue Obligation nicht entsteht oder wenn es noch ungewiß ist, ob sie zu Stande komme?

1) Für den ersten Fall finden wir die Antwort in

L. 29. § 1. D. de V. O. (45. 1). Ulpianus. Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor: non valet autem hujusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. et constat, si quidem ita stipulatus sim: 'quod ex causa condictionis dare facere (te) oportet'?, stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus aït: quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

Die Stelle hat wegen ihres anscheinend auffallenden Inhaltes sich manche Interpretationskünste gefallen lassen müssen. Lesen wir sie ohne vorgefaßte Meinung, so besagt der letzte Theil, der allein für uns in Betracht kommt und Schwierigkeiten bieten könnte, dem Sinne nach offenbar: „Eine von dem bestohlenen Eigenthümer mit dem Diebe auf dare des gestohlenen Sclaven abgeschlossene Stipulation ist zwar nichtig, so daß also die condictio furtiva gegen

den Dieb bestehen bleibt; aber von der Haftung für mora wird der Dieb doch wegen dieser Stipulation befreit, so daß also durch den Tod des Sclaven die condictio erlischt," mit anderen Worten: die mora wird, auch wenn die Novationsstipulation nichtig ist, purgirt, weil auch hier der Schuldner dem Gläubiger angeboten hat, die Schuld durch ein neues Schuldversprechen zu tilgen, und der Gläubiger dies angenommen hat. Zwar ist das angebotene Mittel zur Schuldtilgung in Wahrheit untauglich (weil die Stipulation nichtig ist); aber daraus kann der Gläubiger, mit dessen Zustimmung es gewählt ist, dem Schuldner keinen Vorwurf machen. Die Schuld blieb hinfort ungetilgt, nicht weil der Schuldner säumig wäre, sondern weil die beiden Parteien einen zur Schuldtilgung ungeeigneten Weg eingeschlagen haben.

Dieselbe Entscheidung enthält die L. 8. pr. D. de novat., wenn man der Annahme von Salpius und Salkowski folgend Nichtigkeit der zweiten Stipulation annehmen will [1]).

2) Das gleiche Princip muß auch bei der bedingten Novation entscheiden. Der Schuldner hat dem Gläubiger zur (eventuellen) Tilgung der Obligation ein bedingtes Schuldversprechen (eines Andern oder ein eigenes) offerirt; der Gläubiger hat sich damit einverstanden erklärt; die mora ist also so gut purgirt wie durch Oblation der geschuldeten Leistung selber. Es liegt nicht mehr am Schuldner, daß die Schuld (pendente oder deficiente condicione) ungetilgt bleibt, sondern an beiden Parteien, da sie in Uebereinstimmung zunächst diesen (unsicheren) Weg der Tilgung gewählt haben.

Betrachten wir die Quellenentscheidungen, so finden wir denn auch, daß diese Ansicht in der Zeit der späteren klassischen Juristen durchgedrungen ist. Aus früherer Zeit aber ist uns eine andere, eine Vorstufe der richtigen Auffassung, erhalten.

---

[1]) Vergl. oben S. 546. Anm.

Marcellus fand in der bedingten Novation die Oblation nicht eines Schuldversprechens statt der geschuldeten Leistung, sondern der geschuldeten Leistung selbst und ließ in Folge dessen die purgatio morae nur eintreten, wenn der geschuldete Gegenstand anwesend war, also eventuell wirklich hätte geleistet werden können.

L. 72. § 1 — 3. D. de solut. (46. 3). Marcellus l. 20 digestorum. Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari § 2. Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente stipulator accipere noluisset. § 3. Idem responsum est, si quis, cum subreptus sibi servus esset, sub condicione stipulatus fuerit quidquid furem dare facere oportet: nam et fur condictione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit. si tamen cum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio (et finge prius quam facultatem ejus nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum), non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse: non enim optulisse eum propter absentiam intelligi potest.

Es ist einleuchtend, daß die von Marcell aufgestellte oder vertretene Auffassung, wenn richtig, sich auf die unbedingte Novation so gut beziehen muß als auf die bedingte; denn wenn es wahr ist, daß der Schuldner, der unter einer Bedingung verspricht, dadurch

gezeigt hat, daß er auch zu sofortiger Erfüllung bereit gewesen wäre, so muß eine solche Erklärung in dem unbedingten Versprechen um so mehr gefunden werden. Wir erkennen denn auch noch, daß sie in der That für diesen Fall mit aufgestellt war, aus der Art und Weise, wie sie Papinian in einem Beispiele, wo es sich um unbedingte Novation handelt, verwirft: 'nec me movet, praesens homo fuerit nec ne' L. 17. D. de cond. furtiva (13. 1).

Die Verwerfung selbst aber ist vollkommen gerechtfertigt: die Deduction, daß ein Schuldner, der unbedingt oder bedingt novandi causa promittire (oder delegire), damit auch erklärt habe, zu sofortiger Erfüllung bereit zu sein, ist nicht schlüssig. Der Schuldner hat allerdings behufs Tilgung der Schuld etwas angeboten, aber nicht die Leistung, sondern ein (unbedingtes oder bedingtes, fremdes oder eigenes) Schuldversprechen. Die mora ist nicht oblatione sondern delegatione purgirt, oder, wenn derselbe Schuldner promittirt, veluti quadam delegatione, wie Papinian sagt, mit anderen Worten durch die von dem Gläubiger gut geheißene Verweisung desselben auf das neue vom Schuldner behufs Tilgung der Obligation zu leistende Schuldversprechen.

Im vollen Einklang mit dieser Entscheidung Papinian's erwähnt denn auch Ulpian in L. 14. pr. D. de novat. (46. 2) zwar, daß nach Marcellus die mora durch bedingte Novation purgirt werde, in einer Weise, welche Zustimmung documentirt, aber er vermeidet den Ausdruck, daß die bedingte Novation eine Oblation des geschuldeten Gegenstandes enthalte, und läßt die von Marcell auf Grund seiner Theorie geforderte Voraussetzung der Anwesenheit des geschuldeten Gegenstandes weg.

L. 14. pr. D. de novat. (46. 2). Ulpianus l. 7 disputationum. Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec nova-

tio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.

Mit einem Worte: Papinian und Ulpian haben die Lehre des Marcell berichtigt und zu der oben ausführlich dargelegten Theorie entwickelt: die Mora geht durch unbedingte (sei es gültige oder nichtige) oder bedingte Novation unter; denn sie wird nicht nur durch Oblation der Leistung, sondern auch dadurch purgirt, daß dem Gläubiger mit seiner Zustimmung etwas Anderes (Sache oder Schuldversprechen) behufs Tilgung der Schuld angeboten wird.

§. 77. c) Verzicht auf einstweilige Geltendmachung [1]). — Resultate unserer Untersuchung über die bedingte Novation.

Wenn ich meinen Schuldner in der Absicht, daß dadurch eventuell die Schuld getilgt sein soll, anweise, was er mir schuldet, einem Anderen unter einer Bedingung zu versprechen, so erkläre ich dadurch, daß meine Forderung für den Fall des Eintritts der Bedingung dazu verwandt sein soll, dem Anderen eine Forderung zu verschaffen. Hat nun mein Schuldner mein Geheiß angenommen und durch Leistung des bedingten Versprechens ausgeführt (so daß Widerruf ausgeschlossen ist), so liegt eine bindende Uebereinkunft mit dem Schuldner vor, daß meine Forderung für den Fall des Eintritts der Bedingung zur Verschaffung der Forderung für den Andern verwandt sein soll, und damit ist das Verlangen der Zahlung während Schwebens der Bedingung im Widerspruch. Kürzer ausgedrückt: Der Gläubiger hat durch die bedingte Delegation auf die Geltendmachung der Schuld während Schwebens der Bedingung verzichtet [2]).

---

[1]) Hier ist namentlich die treffliche Ausführung Römer's S. 113—136 zu vergleichen, die mich mancher Einzelausführungen enthebt.

[2]) Eine durchaus zutreffende Analogie dieser Schlußfolgerung bietet die L. 7. § 3. D. de jure dot. (23. 3) Ulpianus. Fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. quid ergo, si ante matrimonium? si

Dieser Grundsatz ist denn auch in den Quellen zwar nicht ausdrücklich entwickelt, aber in seinen Folgen anerkannt. So in der schon früher (S. 539) besprochenen L. 80 u. 83. D. de jure dotium (23. 3) von Javolenus; sodann auch in L. 36. D. de reb. cred. (36. 1) desselben Juristen in den Worten „ante tempus petere videor;" denn in der That ist derjenige, der klagt, obgleich ihm die Einrede aus einem für die Zeit der schwebenden Novationsstipulation geschlossenen, also temporären pactum de non petendo entgegen steht, einem Gläubiger vergleichbar, welcher die Obligation ante diem geltend macht.

Ganz dieselbe Argumentation paßt ersichtlich aber auch für den Fall der Novation unter denselben Personen und für die expromissio (ohne Delegation). Zwar entsteht bei der letzteren das Bedenken, wie denn die zwischen dem Gläubiger und dem Expromittenten, der ja nicht Stellvertreter des alten Schuldners ist, geschlossene Vereinbarung diesem Letzteren zu Gute komme könne; allein dasselbe ist bereits m. E. durchaus zutreffend von Römer[1])

---

quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, (statim ejus etiam antequam nuptiae fiant vergl. Mommsen) efficiuntur: enimvero si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc ejus fieri, cum nuptiae fuerint secutae. proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim res viri fiant, condicere eas debet misso nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. sed *ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindianti aut doli aut in factum: doti enim destinata non debebunt vindicari.*

Es interessirt uns nur der Fall der bedingten Tradition. Die Frau hat durch die bedingte Tradition ausgesprochen, daß die Sachen, wenn die Ehe geschlossen wird, in Folge dieser Tradition dotal werden sollen; dadurch aber hat sie auch darauf verzichtet, die Sachen vor der Entscheidung über das Zustandekommen der Ehe zurückzuforderrn; denn eine solche Rückforderung steht mit der ersteren vom Manne acceptirten Erklärung im Widerspruch, m. a. W. es liegt ein Verzicht auf die vindicatio während schwebender Bedingung vor.

1) S. 117 ff.

durch den Hinweis gehoben, daß, wie die expromissio (ebenso die Zahlung) den Schuldner ohne, ja selbst wider seinen Willen befreit, so auch die aus der bedingten expromissio hervorgehende (und, füge ich hinzu, die Sicherung ihres Erfolges bezweckende) Einrede dem Schuldner zustehen muß.

Es fehlt denn auch für die expromissio nicht an einem Quellenzeugniß:

L. 60. § 1. D. de cond. ind. (12. 6). Paulus. Ubi autem quis quod pure debet sub condicione novandi animo promisit, plerique putant, pendente novatione solutum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit: idemque esse etiam si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub condicione novandi animo promisisse. sed hoc dissimile est. in stipulatione enim pura et condicionali eundem debiturum certum est.

Die Stelle spricht in ihrem zweiten Theile so allgemein von jeder Novation mit Schuldnerwechsel, daß wir sie nothwendig auf die expromissio (ohne Delegation) mitbeziehen müssen. Zu ihrem Verständniß ist davon auszugehen, daß eine condictio indebiti nicht nur zulässig ist, wenn die gezahlte Obligation durch peremtorische Einrede entkräftet war, sondern auch wenn es nur ungewiß, d. h. in der Schwebe war, ob die Einrede peremtorischen oder dilatorischen Character trage, während dagegen eine nur dilatorische Einrede zur Begründung der condictio nicht genügt [1]).

[1]) L. 56. D. de cond. ind. (12. 6). Papinianus. Sufficit ad causam indebiti incertum esse, temporaria sit an perpetua exceptionis defensio. nam si qui, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti: ut enim pactum, quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex die debitor solvit, ita prorsum defensio juris, quae causam incertam habet, condicionis instar optinet.

In dem zweiten Fall der L. 60 § 1. liegt nun nach der bisherigen Erörterung die Sache ganz ähnlich wie in dem Fall der exceptio, deren dilatorischer oder peremtorischer Character in der Schwebe ist. Der alte Schuldner ist bis zur Entscheidung der Bedingung durch dilatorische Einrede geschützt, seine Befreiung wird aber dauernd (und erfolgt ipso jure), wenn die Bedingung eintritt. Folglich muß, wenn er zahlt, die condictio ebenfalls zulässig sein; denn daß seine eventuelle Befreiung sogar ipso jure wirkt, könnte das Argument für Zulässigkeit der condictio höchstens verstärken. Eine ähnliche Deduction könnte man nun auch für die im ersten Theil der Stelle besprochene bedingte Novation ohne Personenwechsel anwenden. Man könnte sagen: 1) aus der neuen Schuld kann noch nicht gezahlt werden, denn sie ist eine bedingte; 2) die alte Schuld könnte zwar gezahlt werden, denn sie ist nur durch temporaria exceptio entkräftet, aber man weiß nicht ob der Schuldner sie, deren Untergang bei eintretender Bedingung bevorsteht, tilgen will. So scheinen in der That die plerique geschlossen zu haben (quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit); aber Paulus monirt mit Recht, daß dabei allzu formalistisch verfahren sei; denn es ist in diesem Fall gewiß, daß derselbe Schuldner einmal zahlen muß, entweder aus der prior oder aus der posterior obligatio. Seine Lage ist also materiell betrachtet die eines nur durch temporaria exceptio geschützten Schuldners, und die condictio ist also ausgeschlossen.

Haben wir hiernach von Javolenus, Paulus und nach einem Analogieschlusse auch von Ulpian Zeugnisse für die Annahme eines Verzichts des Gläubigers auf die Geltendmachung der Schuld während schwebender Novationsbedingung, so ist doch auch diese

---

Die Florentina liest „condictionis instar optinet," was die höchst zutreffende Vergleichung zerstört und neben dem instar kaum verständlich ist. Uebrigens ist die Beweiskraft der Stelle von der Conjectur unabhängig.



Ansicht erst das Resultat einer historischen Entwicklung, indem, wie Javolen in L. 80. D. de jure dot. (23. 3) erzählt, Labeo entgegengesetzter Meinung war. Julian dagegen scheint die Meinung seines etwas früheren Zeitgenossen Javolenus getheilt zu haben.

L. 56. § 8. D. de V. O. (45. 1) Julianus l. 52 dig. Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub condicione promiserit et *is pendente condicione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero*, nec Sejus existente condicione obligetur: at si Titio acceptum fecissem, Sejus existente condicione obligari potest. idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Sejus obligaretur: acceptilatione interposita superest homo, quem Sejus promiserat.

Denn wenn er die Klage nach dem Tode des Sclaven, also nach der Entscheidung, daß aus der Novation nichts werde, confestim zuläßt, so dürfen wir schließen, daß er sie vor der Entscheidung für unzulässig hielt, also stillschweigenden Verzicht auf Geltendmachung der Obligation in der Zwischenzeit annahm [1]). Im Uebrigen aber bleibt ein Zweifel über Julians Auffassung des Rechtsverhältnisses pendente condicione.

Erste Interpretation. Liest man das Fragment ganz unbefangen ohne um das Resultat zu sorgen, so ist der Sinn: „Wenn der mir von Titius unbedingt geschuldete Sclav mir von Sejus unter einer Bedingung versprochen wird und, während die Bedingung schwebt, nach eingetretener mora stirbt", u. s. w. Zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber doch aus der Ausdrucksweise zu entnehmen ist also, daß der Jurist mindestens in erster Linie den Fall einer nach der bedingten Stipulation eingetretenen mora im Auge

---

[1]) Dies zwingt uns auch, die Stelle, was ohnehin wahrscheinlich ist, von einer Novationsstipulation zu verstehen; die accessorische bedingte Stipulation würde die Klage gegen Titius von vorn herein nicht ausschließen.



hat. Dann aber entsteht die Frage: Wie kann Julian in der bedingten Novation einen Verzicht auf einstweilige Geltendmachung der Obligation finden und doch während dieser Zeit die Entstehung der mora für möglich halten? Das Räthsel wird durch L. 54. D. de pactis (2. 14) gelöst.

L. 54. D. de pact. (2. 14). *Scaevola* apud Julianum libro vicensimo secundo digestorum notat. Si pactus sim ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intelligitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.

Scävola bemerkt hier zu Julian offenbar im Widerspruch zu Julians Ansicht [1]), daß ein pactum de non petendo die Entstehung der mora ausschließe. War Julian gegentheiliger Ansicht, so ist seine Entscheidung in L. 56. § 8 erklärt. Er legte dann dem pactum de non petendo den Sinn unter, daß es den Schuldner nicht von der Pflicht sofortiger Zahlung befreien, sondern nur die zwangsweise Beitreibung einstweilen verhindern solle.

Zweite Interpretation. Will man aber trotz der L. 54 cit. dem Julian eine solche Ansicht nicht zutrauen, dann muß man (nicht ohne Zwang) annehmen, Julian habe in L. 56. § 8 nur an eine schon vor der bedingten Stipulation eingetretene mora gedacht. Alsdann verneint also die Stelle die purgatio morae durch bedingte expro-

---

1) Diese Bedeutung von „notat" ist, wo es sich um Bemerkungen zu Aussprüchen anderer Juristen handelt, regelmäßig. L. 9. § 1. D. de neg. gest. (3. 5); L. 9. § 8. D. quod. m. c. (4. 2); L. 7. § 7. D. de dolo malo (4. 3); L. 16. D. de jud. (5. 1); L. 7. § 1. D. de pec. (15. 1); L. 17. § 5, L. 40. D. de her. inst. (28. 5) „immo". Wenn in einigen Stellen (weil die Ansicht, gegen welche Widerspruch erhoben ist, nicht mitgetheilt ist) in dem uns erhaltenen Excerpt dieses Moment des Widerspruchs oder Tadels nicht mehr mit Sicherheit hervortritt, L. 11. D. de per. (18. 6), L. 20. und 69. D. de her. inst. (28. 5), so kann das an dem durch die übrigen bestätigten Sprachgebrauch nicht irre machen.

missio; denn die purgatio morae würde die Haftung des Titius nach dem Tode des Sclaven ausschließen.

Welche von diesen Interpretationen man auch wählen möge, die Ansicht des Julian ist durch die neuere Rechtsentwicklung überholt.

Von vielen Schriftstellern wird auf den in der bedingten Novation liegenden Verzicht auf einstweilige Geltendmachung der Obligation auch das Erlöschen der mora zurückgeführt.

Modern gedacht steckt darin ein richtiger Kern; aber der Standpunkt der Quellen ist es nicht, wie eine kurz wiederholende Zusammenstellung der der Sache nach schon in den bisherigen Erörterungen enthaltenen Gründe zeigen wird.

1) In keiner Stelle wird auf diesen Grund hingedeutet, und es wird überhaupt in keiner einzigen Stelle des corpus juris gesagt oder angedeutet, daß Fristbewilligung die mora beendige;
2) im Gegentheil enthalten die Quellen entgegengesetzte Ausdrücke (purgatio morae L. 14. pr. D. de novat. (46. 2), L. 8. pr. D. eod., quadam delegatione [1]) L. 17. D. de cond. furt. (13. 1)); dazu kommt
3) die Unmöglichkeit die purgatio morae bei unbedingter, aber nichtiger Novationsstipulation aus einer Fristbewilligung zu erklären;
4) sowie überhaupt die mangelnde Erklärung dafür, daß die mora der alten Schuld bei der unbedingten Novation, die doch keine Fristbewilligung enthält, nicht mindestens bei stipulatio incerta auf den neuen Schuldner übergehe [2]);

---

1) Wie sehr dies empfunden ist, beweist der Versuch statt delegatione „dilatione actionis“ zu lesen. Salkowski S. 474.

2) In welchem Sinne das gemeint ist, darüber oben S. 541.

5) und endlich als letzter, nicht geringster Grund die schon oben abgedruckte L. 54. D. de pactis (2. 14).

Unbefangene Auslegung kann dieselbe nicht anders verstehen, als daß der Schuldner, welcher ein temporäres pactum de non petendo abgeschlossen habe, durch den Tod des geschuldeten Sclaven frei werde, sofern er nicht bereits vor dem Abschluß des pactum in mora gewesen sei. Zwar ist schon von Gothofredus [1]) versucht, die Stelle dadurch anders zu erklären, daß man die Worte ante pactum im Sinne von ante tempus pacto adjectum versteht; allein das heißt nicht nur dem Scävola eine in diesem Zusammenhange kaum glaubliche Nachlässigkeit, nämlich die Wahl eines geradezu irreführenden Ausdrucks zumuthen, sondern es will auch mit dem Plusquamperfectum 'qui (ante pactum) moram non *fecerat*' nicht recht passen. Man würde dann fecit, oder noch besser facit oder faciat etwarten; denn der Sinn würde sein, da er ja vor dem Eintritt des Termines sich nicht in rechtswidriger Verzögerung befindet.

---

[1]) Vergl. auch Windscheid in der kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. 2. S. 245 ff.: Noch unbefriedigender ist der Interpretationsversuch Mommsen's, Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abth. S. 329. Anm. 1; denn es ist allerdings nothwendig, was Mommsen auch selbst fühlt, die Worte 'mortuoque Sticho' auf einen nach der Fristbewilligung erfolgten Tod zu beziehen. Dann aber weiß Mommsen keinen anderen Ausweg, als anzunehmen, „daß der Fall, welchen der Jurist bei seiner Erörterung vor Augen hatte, gerade ein solcher war, in welchem der Schuldner sich vor der Fristbewilligung keiner mora schuldig gemacht hatte" mit anderen Worten, der Schlußsatz „qui — fecerat," enthielte eine ganz unnütze und zudem irreführende Bemerkung, indem der Jurist einen Punkt wie eine Voraussetzung seiner Entscheidung anführen würde, bei dessen Nichtvorhandensein ebenso zu entscheiden wäre. Dergleichen kann in Rescripten vorkommen; aber hier, wo Scävola den Julian recensirt, ist es unglaublich.



Stellen wir zum Schluß die Resultate unserer Untersuchung über die bedingte Novation zusammen:

1) Im Falle der bedingten Novation kommt, wie bei allen obligatorischen Verträgen, die neue Obligation sofort als pendente (und befristete) zur Entstehung;

2) diese pendente Obligation wird wie andere pendente Obligationen behandelt, kann in Sonderheit auch mit sofortiger Wirkung acceptoferirt werden (natürlich nur für den Fall der später eintretenden Bedingung) und erfordert die Existenz des versprochenen Objectes bei Eintritt der Bedingung, ist also ungültig, wenn das Object pendente condicione untergeht;

3) die sofortige Aufhebung der prior obligatio kann zwar möglicherweise beabsichtigt sein und tritt dann auch sofort ein (obgleich eine Novation auch dann nur für den Fall der Erfüllung der Bedingung vorliegt); ganz regelmäßig aber ist die Aufhebung der Obligation nicht nur von der Erfüllung der Bedingung abhängig, sondern auch, da die Bedingung in der Regel eine Befristung enthält, bis zur Erfüllung der Bedingung verschoben;

4) gleichwohl ist die bedingte Novation (was schon § 71. II. 2. gezeigt wurde) entsprechend den allgemeinen Erörterungen über die Realgeschäfte sofort ein bindendes, von dem Leben und der Willensfähigkeit der Parteien unabhängiges Geschäft;

5) was den Zustand der prior obligatio während Schwebens der Bedingung betrifft, so ist dieselbe nicht etwa in eine bedingte (unter der entgegengesetzten Bedingung wie die Novation stehende) verwandelt;

6) sie kann aber einstweilen nicht geltend gemacht werden, weil in dem Abschluß der bedingten Novation das stillschweigende Versprechen des Gläubigers enthalten ist, zunächst die Entscheidung der Bedingung abwarten zu wollen;

7) durch die bedingte Novation wird, mag die Bedingung eintreten oder nicht, die mora der alten Schuld purgirt, weil der Schuldner dem Gläubiger zur (eventuellen) Tilgung der Obligation ein bedingtes Schuldversprechen (eines Anderen oder seiner selbst) offerirt und der Gläubiger sich damit einverstanden erklärt hat;
8) eine solche Quasioblation liegt auch in der unbedingten Novation und bewirkt:
   a. daß die neue Obligation die Folgen der mora nicht mitumfaßt, selbst wenn das Versprechen auf eine der alten Schuld inhaltsgleiche Leistung gerichtet ist;
   b. daß die mora auch dann purgirt ist, wenn die neue Obligation nichtig ist.

Die Sätze unter 6 — 8 stehen mit dem Hauptzweck unserer Untersuchung nur in loserem Zusammenhang und mußten nur um des sonst nicht zur vollen Klarheit gelangenden Quellenmaterials willen mitbehandelt werden; die unter 1 — 5 aufgestellten Regeln dagegen bestätigen in vollstem Maße unsere Theorie der bedingten obligatorischen Verträge bezw. unsere Theorie der Realgeschäfte.

5) Novation bedingter Schulden.

§. 78.

Die Schwierigkeit der hier zu beantwortenden Fragen und die mannigfachen Zweifel, zu denen das Quellenmaterial Anlaß gibt, machen es wünschenswerth, eine scharfe Trennung der Hauptpunkte eintreten zu lassen.

I. Die Aufhebung der alten Schuld erfolgt erst beim Eintritt der Bedingung derselben.

Daß die Aufhebung der alten Schuld von dem Eintritt der Bedingung abhängt, ist selbstverständlich, denn bei Deficienz der Bedingung fehlt es an einer Schuld, deren Aufhebung denkbar wäre.

Aber auch zeitlich ist die Aufhebung bis zum Eintritt der Bedingung hinausgeschoben. Dies spricht zunächst die L. 8. § 1. D. de novat. mit nackten Worten für bedingte Vermächtnisse aus:

Legata vel fideicommissa, si in stipulationem fuerint deducta et hoc actum, ut novetur, fiet novatio, si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub condicione, *non statim, sed ubi condicio extiterit.*

Allerdings ist dies nun gerade für bedingte Vermächtnißobligationen auch selbstverständlich, da dieselben, wie wir gesehen haben, erst zur Zeit des Eintritts der Bedingung (ohne jede Rückziehung) zur Entstehung kommen und der Aufhebungsact nicht vor der Entstehung des Aufzuhebenden wirken kann. Aber auch bei Vertragsobligationen ist nach L. 14. § 1. D. de novat. von Ulpian das gleiche anzunehmen (obgleich bei ihnen, wie früher gezeigt, auch pendénte condicione eine sofortige (pendente) Aufhebung durch Acceptilation oder Litiscontestation möglich war).

L. 14. § 1. cit. **Sed si quod sub condicione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, cum extiterit condicio: etenim existens condicio primam stipulationem committit, commissamque in secundam transfert.**

Es liegt nahe diese zeitliche Hinausschiebung der Novation (d. h. der Aufhebung der alten Schuld) auf den Willen der Parteien zurückzuführen; denn eine Schuld, die man als bedingte kennt, kann man wohl nur für den Fall, daß die Bedingung eintritt, aufheben wollen, und da ist es wahrscheinlich, daß man die Aufhebung auch erst für die Zeit des Eintritts der Bedingung beabsichtigte. Aber auch von dem Willen der Parteien abgesehen, scheint noch ein anderer Grund vorzuliegen. Pendente condicione kann, wie früher dargelegt, die bedingte Schuld nicht gezahlt werden, und das gleiche scheint bezüglich der in so vielen Beziehungen der Zahlung gleich-

gestellten Novation angenommen zu sein; deshalb hebt Ulpian hervor, daß die prima stipulatio erst durch den Eintritt der Bedingung committirt werde, d. h. zu practischer Wirksamkeit oder Anwendbarkeit gelange [1]), also auch dann erst durch Novation getilgt werden könne; vergl. auch L. 24 eodem.

II. **Die Wirkung der Novation der bedingten Schuld wird durch den *pendente condicione* erfolgten Tod des Schuldners der alten oder neuen Schuld nicht verhindert.**

1) Daß die alte (bedingte) Schuld durch den pendente condicione erfolgten Tod des Schuldners nicht erlischt, sondern, vorausgesetzt daß die Bedingung eintritt, gegen die Person des Erben zur vollen Wirksamkeit gelangt [2]) (also auch, wenn dann die übrigen

---

[1]) Geradezu falsch wäre es committere durch „zur Entstehung bringen" committi also durch „entstehen" zu übersetzen und demgemäß aus der Ausdrucksweise der L. 14 § 1. zu folgern, daß die bedingte Stipulationsschuld erst mit dem Eintritt der Bedingung entstehe. Dies würde nicht nur unseren früheren Untersuchungen über bedingte Vertragsschulden widersprechen, sondern hat auch in der Wortbedeutung von committere keinen Anhalt. Wo von der Entstehung der Obligationen die Rede ist, werden andere Ausdrücke, z. B. ex contractu, ex re nascitur, oritur, fit obligatio, obligamur u. s. w., aber niemals committitur obligatio gebraucht. Commititur heißt im Gegentheil: Etwas schon Existirendes kommt zur practischen Anwendbarkeit: Die schon bestehende Stipulation, insbesondere die bedingte Stipulation, wird nun practisch wirksam und anwendbar (d. h. sie muß oder kann wenigstens gezahlt werden); das schon existirende Edict, die Strafbestimmung, die lex u. s. w. wird für den Fall practisch wirksam; so namentlich stipulatio oder cautio committitur: L. 63. D. de V. O (45. 1). L. 13. D. si quis caut. (2. 11). L. 14. D. de proc. (3. 3). L 64, § 1. D. de jud. (5. 1). L. 24. 67. D. de cond. (35. 1). L. 3. § 1. § 9. L. 5. § 2. § 3. L. 7. L. 13. § 1. L 20. D. jud. solv. (46. 7). L. 70. D ad leg. Falc. (35, 2). L. 1. pr. D. ut in poss. leg. (36. 4). L. 81. D. de V. O. (45. 1). L. 33. D de fid. (46. 1). L. 161. D. de reg. jur. (50. 17); committere edictum L. 3. § 11. L. 8. § 11. L. 10. § 5 L. 11. D. de bon. poss. contra tab. (37. 4). Lex venditionis committitur. L 4. § 2. D. de lege commiss. (18. 3).

[2]) Der Unterschied der Vertragsobligationen, daß bei den ersteren, nicht

Erforderniſſe vorliegen, der Novation unterliegen kann), bedarf nach unſeren früheren Erörterungen ebenſowenig der Ausführung als der nicht minder bekannte Satz, daß der Tod des Legatars bei ſchwebender Legatsbedingung die Entſtehung der Legatsforderung und damit jede Novation derſelben ausſchließt.

2) Die neue Obligation iſt eine Verbalobligation und geht als ſolche, mögen wir ſie für unbedingt oder bedingt halten (darüber ſpäter), zweifellos auf die beiderſeitigen Erben über, was übrigens zum Ueberfluß durch L. 24. D. de novat. für die bedingte Novationsſtipulation noch ausdrücklich bezeugt iſt.

3) Was zuletzt die Aufhebung der alten Schuld betrifft, ſo iſt nach unſeren Erörterungen über die Realgeſchäfte kein Grund erſichtlich, weshalb dieſelbe nicht auch nach dem Tode des Promiſſors (oder Stipulators) bei Eintritt der Bedingung erfolgen könnte. Ferner wird in keiner der Stellen, welche die Novation bedingter Schulden behandeln (L 8. § 1, L. 14. § 1. D. de novat., L. 21. D. de accept. 46. 4), die Nothwendigkeit, daß der Promiſſor den Eintritt der Bedingung erlebe, erwähnt; ja die L. 14. § 1. geſtattet ſogar den Schluß auf das Gegentheil, da der Grund, um deſſenwillen ſie die Novation im Falle der Deportation ausſchließt „quoniam nunc, cum extitit condicio, non est persona quae obligetur,“ im Falle der Beerbung wegen der vorhandenen und in bedingte Verpflichtungen ſuccedirenden persona heredis nicht zutrifft. Endlich beſtätigt, wie ſchon früher ausgeführt, die L. 24. D. de novat. [1]) die Unabhängkeit der bedingten Novation vom Tode

---

aber bei den letzteren in gewiſſem Sinne Rückwirkung ſtattfindet, kommt in dieſer Beziehung nicht in Betracht.

[1]) L. 24. D. de novat. (46. 2). Pomponius l. 5 ex Plautio. Novatio non potest contingere ea stipulatione, quae non committitur. nec huic contrarium est, quod, si stipulatus a Titio fuero novandi animo sub condicione, quod mihi Semprorius debet, et pendente condicione Titius decesserit, quamvis ante aditam hereditatem condicio exstiterit, novatio



des Promissor, und da auch die bedingte Novation ihre liberatorische Wirkung nach L. 14. pr. eod. [1]) erst bei Eintritt der Bedingung herbeiführt, so ergeben beide Stellen zusammen den unmittelbaren Beweis, daß die liberatorische Wirkung einer Novation von dem Abschlusse der Novationsstipulation getrennt noch nach dem Tode des Promissors (bei eintretender Bedingung) erfolgen kann, so daß also gar kein Grund abzusehen ist, weshalb bei der Novation der bedingten Schuld nicht das Gleiche sollte stattfinden können.

III. Bei *pendente condicione* erfolgter Deportation des Schuldners nimmt dagegen Ulpian in L. 14. § 1. *D. de novat.* Ungültigkeit der Novation an, weil es bei Eintritt der Bedingung der zu novirenden Obligation an der Person des Schuldners fehle.

1) Bevor wir uns zum Beweise der aufgestellten Behauptung wenden, ist es wegen des Verständnisses der L. 14. § 1. nothwendig, die, so viel ich sehe, ganz allgemein bejahte Frage zu erörtern, ob die Novationsstipulation für eine bedingte Schuld stillschweigend die Bedingung der alten Schuld in sich aufnehme, also selbst bedingt sei.

Ich verneine diese Frage entgegen der allgemeinen Ansicht. Schon Römer und Bähr haben darauf hingewiesen, daß die Stellen, aus welchen man gewöhnlich die stillschweigende Uebertragung der Bedingung auf die neue Obligation abzuleiten sucht, nämlich die Aussprüche der L. 8. § 1 u. L. 14. § 1. D. de novat. „novatio non contingit“ oder „fiet novatio ubi condicio extiterit“ in der That gar nichts beweisen, weil dieselben vollauf berechtigt sind, wenn nur die tilgende Wirkung mangelt, ja überhaupt

fieret: hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem cujus personam interim hereditas sustinet.

1) Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio. sed tunc demum cum condicio extiterit; vergl. auch oben S. 534 ff.



nur das Fehlen dieser tilgenden Wirkung bezeichnen, während, wo die Gültigkeit oder Ungültigkeit der neuen Obligation hervorgehoben werden soll, andere Ausdrücke gebraucht werden [1]).

Ebensowenig aber kann ich den Ausdruck „nam et alias“ in L. 8 § 1, den Römer für schlüssig hält, als beweisend anerkennen. Ulpian redet hier zuerst von der Novation der befristeten und der bedingten Schuld und sagt, daß die erstere sofort, die letztere erst mit eintretender Bedingung novirt werde, und fügt dann hinzu, daß auch sonst die befristete Stipulation sofort, die bedingte Stipulation dagegen erst mit eintretender Bedingung Novation bewirke. Gleichgestellt werden also in beiden Fällen nur die tilgenden Wirkungen. Wollte man aus dem „nam et alias“ dagegen folgern, daß die Novationsstipulation der bedingten Schuld als stillschweigend bedingt bezeichnet werden solle, so muß man die Folgerung nothwendigerweise auch für die Novation der befristeten Schuld machen und die unrichtige Behauptung aufstellen, daß bei befristeten Schulden die Novationsstipulation stillschweigend befristet sei.

Noch weniger beweisend sind die von Römer weiter allegirte L. 21. D. de accept. (46. 4), und L. 41. D. de cond. (35. 1); denn die aus der ersteren gezogene Schlußfolgerung wird durch die oben S. 516 ff. gegebene Begründung dieser Quellenentscheidung ganz hinfällig, und die L. 41. de cond. darf nicht (mit der Glosse) dahin gedeutet werden, daß nur die Delegation mit sofortiger Wirkung ausgeschlossen sei (oben S. 519. Anm. 2), und würde, selbst wenn das erlaubt wäre, doch auch beim Ausschluß nur der sofortigen liberatorischen Wirkung gerechtfertigt sein.

Dagegen erbringt für unsere Ansicht, also für die Unbedingtheit der Stipulation, vollen Beweis die L. 14. § 1. de novat. Nicht nur wird in der Exposition des Falles gesagt „si

---

1) Vergl. das reiche Quellenmaterial bei v. Salpius, Novation und Delegation. S. 133 ff.

quod sub condicione debetur, *pure* quis novandi causa stipuletur," sondern die Stipulation wird wiederholt „pura" genannt und daraus die Folgerung gezogen, daß diese pura stipulatio doch auf jeden Fall eine gewisse Wirkung gehabt haben müsse „aliquid egisse." Diese gewisse Wirkung aber kann, da die liberatorische Wirkung ausgeschlossen sein soll, nur die obligatorische sein [1]).

Es ergibt sich also, daß die Novationsstipulation für eine bedingte Schuld zwar bedingt sein kann, auch gewöhnlich gewiß als bedingte abgeschlossen wird [2]), aber nicht bedingt zu sein braucht und, wenn keine Bedingung gesetzt ist, keineswegs als stillschweigend bedingt betrachtet wird.

Dies Ergebniß unserer Quellenuntersuchung erscheint aber auch innerlich gerechtfertigt. Ganz unrichtig erscheint nämlich zunächst die früher vielfach aufgestellte Behauptung, daß überall bei der Novation die Entstehung der neuen Obligation von der Existenz der alten Obligation abhänge. Dagegen spricht erstens die Formalnatur der Stipulation überhaupt, sodann insbesondere der Umstand, daß die accessorische stipulatio, welche sich nur durch das Fehlen des animus novandi von der Novationsstipulation unterscheidet, trotz Nichtbestehens der Schuld eine Forderung erzeugt, während der Mangel der causa nur durch exceptio oder condictio geltend gemacht werden kann [3]); endlich ist auch für die Novationsstipulation

---

[1]) Natürlich kann die ipso jure jedenfalls entstehende Forderung, sofern eben nur die Absicht zu noviren, nicht aber die Absicht auch bei Ausfall der Bedingung aus anderem Grunde, z. B. schenkhalber zu schulden, vorlag, bei Deficienz der Bedingung der alten Schuld wegen nicht erreichter Novationsabsicht angefochten werden, und deshalb ist auch wohl der unbestimmte Ausdruck „aliquid egisse" gewählt: die pura stipulatio hat immerhin eine gewisse Wirkung gehabt (wenn sie auch anfechtbar ist).

[2]) Hieraus wird die Zusammenstellung der Fälle in L. 8. § 1. de novat. um so erklärlicher.

[3]) Stellen bei Gneist, formelle Verträge. § 5 u. 6.

die Gültigkeit der Stipulation trotz Nichtexistenz der zu novirenden Obligation mehrfach ausdrücklich anerkannt [1]).

Ebenso wenig aber findet die herrschende Ansicht in dem vermuthlichen Willen der Parteien eine zutreffende Erklärung. Wer unbedingt verspricht, was er nur bedingt schuldet, kann dies erstens thun, weil er auf jeden Fall, auch für den Fall des Nichteintritts der Bedingung, schulden will; er kann es zweitens thun, weil er den Eintritt der Bedingung vorauszusehen glaubt und in der Erwartung desselben also unbedingt versprechen will, wie ja auch andere Rechtsacte sehr häufig ob causam futuram unbedingt abgeschlossen werden; er kann drittens irrthümlich glauben, er schulde unbedingt oder die Bedingung sei bereits eingetreten, und viertens endlich kann er die Absicht gehabt haben, bedingt zu versprechen, und die Hinzufügung der Bedingung als selbstverständlich in den Worten der Stipulation ausgelassen haben. Wir sind nicht berechtigt, ohne weiteres anzunehmen, daß gerade der vierte Fall vorliege, und am wenigsten, da es sich um eine Stipulation handelt, bei der bekanntlich ganz besonders auf die Worte gesehen werden soll und nur in seltenen, ganz besonders gearteten Fällen eine stillschweigende Bedingung angenommen werden darf.

L. 126. § 2. D. de V. O. (45. 1). Paulus. Plerumque enim in stipulationibus *verba*, ex quibus obligatio oritur, *inspicienda* sunt: *raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intelligendum est.*

Nach diesen Vorausschickungen bietet das Verständniß der L. 14. § 1. de novat. keine allzugroße Schwierigkeit mehr.

Ulp. l. 7 disputationum. Sed si quod sub condicione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse

---

[1]) L 13. D. de novat. L 9 § 1. D. de cond. causa data (12. 4) und andere Stellen; vergl. Römer. S. 42.

videatur, sed tunc novabit, cum extiterit condicio: etenim existens condicio primam stipulationem committit commissamque in secundam transfert. ed ideo si forte persona promissoris pendente condicione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente condicione ullam contingere novationem, quoniam nunc, cum extitit condicio, non est persona quae obligetur.

„Wenn Jemand dasjenige, was ihm ex stipulatu (primam stipulationem) bedingt geschuldet wird, in der Absicht zu noviren unbedingt stipulirt, so hat allerdings diese unbedingte Stipulation sofort (egisse) eine gewisse Wirkung (sie erzeugt nämlich sofort eine Obligation, welche freilich möglicherweise der Anfechtung unterliegt, oben S. 567); aber die Aufhebung der alten Schuld [1]) tritt nicht sofort ein, sondern erst zur Zeit der Erfüllung der Bedingung; denn durch die Erfüllung der Bedingung gelangt die erste Stipulation zur vollen practischen Wirksamkeit [2]) und wird durch Uebertragung in die neue aufgehoben. Wenn daher der Schuldner, als die Bedingung noch schwebte, deportirt wurde, tritt nach Marcellus selbst bei Erfüllung der Bedingung keine Novation ein, weil es zur Zeit der Erfüllung der Bedingung an der Person des Schuldners mangelt."

Unter dem promissor deportatus verstehe ich den Schuldner der alten (bedingten) Schuld, was nicht nur möglich ist, da auch diese erklärtermaßen eine Stipulationsschuld war, sondern durch die Schlußworte der Stelle „non est persona quae obligetur" geradezu gefordert wird, da man wohl von der bedingten prior obligatio, nicht aber von der unbedingten, schon früher entstandenen (egisse) neuen Obligation sagen kann, daß der Schuldner durch den Eintritt der Bedingung verpflichtet werde.

---

[1]) Daß novare die aufhebende Wirkung der Stipulation bedeutet, darüber vergl. oben S. 565, 6.

[2]) Daß committere dies und nicht die Entstehung der Obligation bedeutet; S. 563.

IV. **Nehmen wir den Satz, daß es für die bedingte Schuld bei eintretender Bedingung an der Person des Schuldners fehle, wenn der Promissor *pendente condicione* deportirt sei, als richtig an, so ist die Entscheidung gerechtfertigt und in keiner Beziehung mit unserer Theorie bedingter Vertragsobligationen oder bedingter Novationen im Widerspruch.**

1) Der Grund der Entscheidung des Marcellus und Ulpianus liegt nach dem Gesagten darin, daß es für die zu novirende bedingte Forderung zur Zeit des Eintritts der Bedingung an der Person des Schuldners fehle. Nehmen wir das Letztere zunächst einmal als richtig an, sehen wir also zunächst ganz davon ab, ob der Fiscus wie in jeder anderen vermögensrechtlichen Beziehung so auch in dieser an die Stelle des Deportatus trete, und gehen wir nur davon aus, daß bekanntermaßen der Deportirte nicht nur sein gesammtes Vermögen verliert, sondern auch in Zukunft, obgleich factisch derselbe Mensch, doch rechtlich als eine ganz andere Person betrachtet wird [1]), so muß allerdings die Obligation nichtig sein. Wer nämlich etwas unter einer Bedingung verspricht, der verspricht, (nach früheren Erörterungen) zur Zeit des Eintritts der Bedingung zu leisten. Frühere Leistung gilt nicht als Zahlung, weil sie nicht dem Inhalt seines Versprechens entspricht. Non videbitur fecisse quod promisit L. 38. § 16. D. de V. O. (45. 1). Er hat also eine Leistung nach eintretender Bedingung versprochen dergestalt, daß jede frühere Leistung ausgeschlossen ist. Zeigt sich nun beim Eintritt der Bedingung, daß wegen der inzwischen eingetretenen Deportation des Promissor es an der Person jedes Schuldners für diese Obligation fehlt, weil weder der promissor vorhanden ist (der deportatus ist alia persona), noch irgend Jemand, der an

---

1) Vergl. auch L. 17. § 5. D. ad S. C. Treb. (36. 1) „quasi ab alio suscepti."



seine Stelle getreten wäre, so hat sich gezeigt, daß die Obligation gerichtet war auf Zahlung zu einer Zeit, wo kein Schuldner existirt; sie enthielt also, wie sich jetzt herausgestellt hat, einen Widerspruch in sich selbst und war daher nichtig. Man darf hier nicht sagen, „anfangs sei ja ein Schuldner dagewesen, und das müsse bei unserer Annahme der sofortigen Entstehung pendenter Obligationen aus bedingten obligatorischen Verträgen entscheidend sein;“ denn die Obligation war von Anfang an nicht auf sofortige Leistung (also auf eine Leistung zu einer Zeit, wo ein Schuldner da war), sondern auf Leistung bei Eintritt der Bedingung (d. h. zu einer Zeit, wo, wie wir jetzt wissen, es an jedem Schuldner mangelt) gerichtet.

Es ist also ganz anolog wie in dem oben S. 349 besprochenen Falle der L. 72. D. de fidej. (46. 1). Jemand verbürgt sich unter der Bedingung „si navis ex Asia venerit“, aber zugleich dergestalt, daß er nur bei Lebzeiten haften will. Tritt nun die Bedingung erst nach dem Tode des Bürgen ein, so hat sich gezeigt, daß die Bürgschaft gerichtet war auf Zahlung zu einer Zeit, zu welcher kein Schuldner, welcher haften soll, da ist (nicht der Bürge selbst, weil er bereits verstorben, nicht dessen Erbe, weil der nicht verpflichtet sein soll). Die Bürgschaftsobligation ist also nicht etwa untergegangen, sondern völlig nichtig und der Hauptschuldner kann also durch die bei Lebzeiten des Bürgen über diese nichtige Bürgschaftsschuld abgeschlossene Acceptilation nicht befreit sein (wenn man auch damals noch nicht wissen konnte, ob die Bürgschaftsschuld und folgeweise die Acceptilation gültig oder nichtig sei).

Eine weitere Analogie bietet die S. 374 ff. (theilweise mit denselben Worten) besprochene Nichtigkeit der bedingten Obligation, wenn der Schuldgegenstand pendente condicione untergeht; denn in diesem Falle war, wie sich nun herausgestellt hat, die Obligation auf die Leistung zu einer Zeit, wo der Schuldgegenstand nicht mehr existirte, also auf etwas Unmögliches gerichtet und deshalb

nichtig. Auch bei Ulpian tritt in unserer L. 14. der Parallelismus der beiden Fälle zu Tage. Im principium bespricht er die Novation der unbedingten Schuld durch bedingte Stipulation und sagt, daß die bedingte (also die neue) Obligation nichtig sei, also keine Novation bewirke, wenn bei Eintritt der Bedingung kein Schuldgegenstand existire; im §. 1 bespricht er die Novation der bedingten Schuld durch unbedingte Stipulation und sagt, daß die bedingte Schuld (also hier die alte) nichtig, also nicht zur Novation tauglich sei, wenn bei Eintritt der Bedingung kein Schuldner existire.

2) Die Stelle steht somit, immer den von Ulpian aufgestellten Satz, daß es nach der Deportation für die bedingte Schuld an einem Schuldner fehle, als richtig vorausgesetzt, durchaus mit unserer Theorie bedingter Vertragsobligationen und bedingter Realgeschäfte im Einklang, wie der leichteren Uebersicht halber noch einmal zusammengestellt werden mag.

a. Die bedingte (alte) Stipulation erzeugt sofort eine pendente (von dem Eintritt der Bedingung abhängige) und, da die Bedingung zugleich einen dies enthält, zugleich befristete (auf Zahlung zur Zeit der eintretenden Bedingung gerichtete) Obligation.

b. Zu voller practischer Wirksamkeit gelangt dieselbe (committitur stipulatio) erst durch den Eintritt der Bedingung. Erst in diesem Momente kann sie daher (wie oben S. 346 ff. gezeigt) gezahlt werden. Frühere Zahlung mit der Absicht sofortiger Tilgung entspricht nicht ihrem Inhalt und kann keine sofortige Befreiung bewirken. Dagegen ist es möglich, durch frühere Leistung zu bewirken, daß die Schuld bei Eintritt der Bedingung untergeht (oben S. 514.). In ganz analoger Weise ist auch eine Novation der bedingten Schuld pendente condicione nicht mit sofortiger Wirksamkeit möglich. Die liberirende Wirkung tritt daher erst mit Erfüllung der Bedingung ein in vollem Einklang mit unserer Theorie bedingter Realgeschäfte. Selbst wenn übrigens diese Analogie der Zahlung bedenklich erschiene, könnte man dies Hinausgescho=

densein der tilgenden Wirkung auf den vermuthlichen Willen der Parteien zurückführen.

c. Gleichwohl hat die unbedingte novandi causa abgeschlossene Stipulation sofort eine Obligation (wenn gleich eine eventuell anfechtbare) erzeugt. Eine analoge Erscheinung findet sich bei anderen Realgeschäften, wird bei der Zahlung bedingter Schulden ausdrücklich in den Quellen als zulässig bezeichnet (oben S. 514) und ist für die Novation, von unserer L. 14. § 1 abgesehen, noch durch zwei andere Stellen bezeugt (S. 515 ff.).

d. Das Nichtzustandekommen der Novation im Falle der Deportation des (alten) Schuldners während schwebender Bedingung beruht nicht etwa darauf, daß die Novation der bedingten Schuld ein unvollendetes, noch vom Willen, der Willensfähigkeit und dem Leben der Parteien abhängiges Geschäft wäre (das Gegentheil ist nachgewiesen), sondern darauf, daß Gebundenheit für eine Zeit wo kein Gebundener da ist, einen Widerspruch in sich selbst enthält, die alte Obligation also (wie sich jetzt herausgestellt hat) nichtig ist und daher auch nicht aufgehoben werden kann.

V. Der in L. 14. § 1 aufgestellte Satz, daß bei inzwischen erfolgter Deportation des Promissors beim Eintritt der Bedingung für die bedingte Schuld kein Schuldner vorhanden sei, steht mit dem sonstigen Quellenmaterial über die Wirkungen der Deportation im Widerspruch, und zwar nicht nur, wenn man bei bedingten Vertragsobligationen Rückwirkung (in unserem Sinn) annimmt, sondern auch bei der gegentheiligen Annahme.

Die pendente condicione erfolgte Deportation kann die Entstehung der Schuld bei Eintritt der Bedingung nicht hindern; denn, wie beim Tode der Erbe in das Vermögen des Verstorbenen, so tritt bei der Deportation der Fiscus als Universalsuccessor in das Vermögen des Deportirten ein, und auf ihn gehen nicht nur die

sämmtlichen bestehenden Verpflichtungen über, wie vielfach bezeugt ist, L. 2. pr. L. 7. § 3. D. de cap. min. (4. 4). L. 121. § 2. D. de verb. obl. (45. 1). L. 51. § 5. D. de fidej. (46. 1). L. 2. C. ad l. Jul. de vi (9. 12)., sondern auch bedingte Verpflichtungen kommen in seiner Person bei Eintritt der Bedingung (nach der Deportation) zu Stande, selbst in den Fällen, wo auch nach unserer Ansicht jede Rückwirkung ausgeschlossen ist, nämlich bei bedingten Vermächtnissen.

L. 18. (17) § 5. D. ad S. C. Treb. (36. 1). Ulpianus. Ex facto tractatum memini: rogaverat quaedam mulier filium suum, ut, si sine liberis decessisset, restitueret hereditatem fratri suo: is postea deportatus in insula liberos susceperat: quaerebatur igitur, an fideicommissi condicio defecisset. nos igitur hoc dicemus conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere, ut condicio deficiat, post deportationem vero susceptos quasi ab alio non prodesse, *maxime cum etiam bona cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.*

Wenn der Erbe, welcher unter der Bedingung kinderlosen Todes mit einem Universalfideicommiß beschwert ist, deportirt wird, so gilt die Bedingung des Fideicommisses als eingetreten, wenn nur vor dem Urtheilsspruch [1]) kein Kind concipirt war; in diesem Falle hat also der Fideicommissar (beim Tode des Deportirten L. 48. § 1. D. de jure fisci 49. 14) einen Anspruch auf Entrichtung des Fideicommisses und zwar gegen den Fiscus, da ja das Vermögen des Deportirten auf den Fiscus „quodammodo cum sua causa", mit der darauf ruhenden eventuellen Belastung durch das Fideicommiß, übergegangen ist. Den gleichen Beweis erbringt:

L. 48. § 1. D. de jure fisci (49. 14) Paulus. Cornelio Felici

---

1) Nach dem Urtheilsspruch ist zwar der Deportirte factisch derselbe Mensch, aber rechtlich nicht dieselbe Person.

mater scripta heres rogata erat restituere hereditatem post mortem suam. cum heres scripta condemnata esset a fisco et omnia bona mulieris occuparentur, dicebat Felix se ante poenam esse (hoc enim constitutum est). sed si nondum dies fideicommissi venisset, quia posset prius ipse mori vel etiam mater alias res adquirere, repulsus est interim a petitione.

Die Klage gegen den Fiscus wird allerdings, bevor der dies fideicommissi venit, also vor dem Tode der Mutter (si nondum dies fideicommissi venisset, quia posset prius ipse mori) zurückgewiesen; aber eben damit ist ausgesprochen, daß sie, wenn der honorirte Sohn den Tod der Mutter erlebt, zuläſſig ist.

Selbst abgesehen übrigens von diesen Quellenbelegen wird der aufgestellte Satz kaum Anfechtung erleiden; denn es wäre in der That kaum begreiflich, daß zwar unbedingte und bedingte (L. 26. § 5. D. de pactis dotalibus 23. 4) Forderungen und unbedingte Verpflichtungen, nicht aber bedingte Verpflichtungen auf den Fiscus übergehen sollten.

Wenden wir das Gefundene auf die L. 14. § 1. an, so müssen nicht nur die Anhänger, sondern auch die Gegner der Rückwirkung (bei obligatorischen Verträgen) anerkennen, daß die Entstehung der alten Obligation durch die Deportation des Schuldners pendente condicione nicht gehindert wird, sondern daß die Obligation im Fall des Eintritts der Bedingung gegen den Fiscus zur Entstehung kommt (Gegner der Rückwirkung) oder als auf den Fiscus mit übergegangen sich offenbart (Anhänger der Rückwirkung).

VI. Auch durch veränderte Interpretationen läßt sich dieser Widerspruch nicht vermeiden. Und bei keiner derselben ist die Stelle gegen die Rückwirkung der Bedingung bei obligatorischen Verträgen zu verwerthen[1]).

---

[1]) Auch die bisherigen Interpretatoren haben richtig gefühlt, daß bei der

Wollte man unsere Auslegung im Allgemeinen festhaltend nur darin abweichen, daß man mit Bähr und Römer die neue Schuld für stillschweigend bedingt hielte, so würde dadurch natürlich nichts geändert; denn die neue bedingte Schuld müßte so gut auf den Fiscus übergehen, als die alte bedingte es thut, und ganz das Gleiche zeigt sich, wenn wir unter dem promissor deportatus den Schuldner der neuen (bedingten oder unbedingten) Schuld verstehen, da auch dann die Frage des Ueberganges auf den Fiscus sowohl von den Anhängern wie von den Gegnern der Rückwirkung bejaht werden muß. Die Stelle ist also für die Frage der Rück-

Stelle nicht eine Frage der Bedingungslehre, sondern eine Besonderheit oder besondere Auffassung der Wirkungen der Deportation der springende Punkt ist.

1) So haben ältere Interpreten die Stelle auf die vermeintliche civile Natur der stipulatio zurückführen wollen, was nach Gaj. III § 93 keiner Widerlegung bedarf und zudem auch das, worauf es ankommt, nämlich weshalb der Fiscus nicht obligirt wird, nicht erklären würde.

2) Der Versuch andererInterpreten (z. B. des Baldus und Paulus Castrensis in ihren Pandektencommentaren) die Entscheidung der Stelle aus der Verschiedenheit der Succession des Erben und des Fiscus herzuleiten, scheitert, wie wir bereis gesehen haben, an der Thatsache, daß selbst bedingte Vermächtnißobligationen gegen die Person des Fiscus entstehen, wenn der Onerirte pendente condicione deportirt wurde.

3) Cujacius .(Comm. ad tit. de V. O. ad L. 121. § 2.) und Donellus (Comm. juris civilis lib. 16. c. 20) wollen die Stelle dadurch erklären, daß sie dieselbe auf einen Fall beziehen, in welchem der Fiscus zur Zeit des Eintritts der Bedingung das Vermögen des Deportirten noch nicht erworben hatte oder überall nicht erwerben wollte, und ähnlich ist auch die Erklärung Römer's (Bedingte Novation. S. 280). Nur versteht Römer unter dem promissor deportatus den Schuldner der alten Obligation (während die früheren Interpreten ihn auf den neuen Schuldner deuteten) und drückt sich in der Hauptsache dahin aus; „Es sei anzunehmen, daß in unsere L. 14. § 1 von dem Fall, da der Fiscus das Vermögen des Deportirten erwerbe, ganz abgesehen sei." Das kommt Alles auf dasselbe hinaus, als wenn wir den Ulpian eines Uebersehens geziehen haben; denn bewußter Weise konnte er von der ganz regelmäßigen und ipso jure stattfindenden Succession des Fiscus nicht absehen.

wirkung oder Nichtrückwirkung der Bedingung bei obligatorischen Verträgen überhaupt unbrauchbar.

Nur in einem Falle ließe sie sich gegen unsere Theorie der bedingten Vertragsobligationen verwerthen, nämlich wenn man annehmen wollte, daß die bedingte Novation und die Novation der bedingten Schuld und zwar nicht nur in ihrer liberatorischen, sondern auch in ihrer obligatorischen Wirkung unvollendete Geschäfte wären, welche erst beim Eintritt der Bedingung durch den noch fortdauernden Willen der Parteien abgeschlossen, also durch vorher eintretenden Tod (ebenso natürlich Deportation) oder Willensunfähigkeit der Parteien, insbesondere des Promissors, vernichtet würden. Dagegen aber spricht geradezu Alles: die zweiffellose Unabhängigkeit der bedingten Vertragsobligationen von Leben und Willensfähigkeit der Parteien; die aus der abstracten Natur der Stipulationen folgende Unabhängigkeit der obligatorischen Wirkung von der liberatorischen; endlich die schon oben besprochene L. 24. D. de novat., welche direct die Unabhängigkeit der bedingten Novationsstipulation vor dem Leben des Promissor feststellt.

Schluß.

§. 79.

Unsere Untersuchung war darauf gerichtet, die Wirkung der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte auf Grund des römischen Rechtes klarzustellen und auf allgemeinere Rechtsgedanken, aus denen sie resultirt, zurückzuführen. Aber die Ergebnisse leiten von selbst über diesen Zweck hinaus, sie erleichtern eine zweckentsprechende legislatorische Verwerthung der römischen Bedingungs- und Befristungslehre.

Ist, wie wir gesehen haben, auf gewissen Rechtsgebieten die Wirkung der bedingten und befristeten Rechtsgeschäfte in zugleich einfacher und dem Willen der Parteien entsprechender, ihre Interessen sichernder und ihnen schon vor dem Eintreten der Bedingung oder Befristung die freieste Bewegung gestattender Weise ge-

regelt, so werden wir auf diesem Gebiete wohlthun, den sicheren Boden des römischen Rechtes festzuhalten. Haben wir auf anderen Gebieten eine mehr oder minder unvollkommene, gegen Tod, Willensunfähigkeit, Willensänderung und neue Dispositionen der Parteien nicht genügend gesicherte Wirkung des bedingten und befristeten Geschäftes beobachtet, und haben wir zugleich erkannt, daß die neuere Entwickelung des römischen Rechtes diese Mißstände, soweit sie vermag, selbst zu überwinden bestrebt ist, so ist für die Fortbildung unseres Rechtes der Weg gewiesen.

Waren die angedeuteten und auch manche andere unerwünschte Erscheinungen der Bedingungs- und Befristungslehre vom römischen Rechte nur nothgedrungen als Folgen einer das römische Recht beherrschenden allgemeinen Anschauung hingenommen, haben wir aber diese Anschauung als keineswegs logisch geboten erkannt und sie durch eine richtigere und zuleich freiere Auffassung des Verhältnisses des Rechtsgeschäftes und seiner Wirkungen überwunden, so werden wir doppelt geneigt sein, an jene unerwünschten Consequenzen der römischen Betrachtungsweise die bessernde Hand anzulegen.

Anfänglich war es meine Absicht diese legislatorischen Consequenzen der römisch-rechtlichen Untersuchung in einem Schlußcapitel der gegenwärtigen Abhandlung zu ziehen. Nachdem inzwischen erfolgten Erscheinen des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich scheint dies indessen nicht mehr wünschenswerth. Jetzt müssen legislatorische Vorschläge vor allen Dingen durch eine kritische Beleuchtung der Bestimmungen des Entwurfes selber begründet werden, und eine solche kritische Beleuchtung des Entwurfes mit Verbesserungsvorschlägen eignet sich nicht zum Anhang einer römisch-rechtlichen dogmatischen Arbeit, sondern muß gesonderter Darstellung vorbehalten bleiben. Der sachkunde Leser, wenn er mit den Resultaten dieser Untersuchung einverstanden ist, wird, so vertraue ich, eine Reihe jener legislatorischen Consequenzen schon ohnehin gezogen haben.

Beilage I.

Das Recht bedingter Gläubiger zur missio in bona und zur Theilnahme am heutigen Konkurse (zu § 43 a. E.).

Bei den Widersprüchen, welche die Quellen über das Recht bedingter Gläubiger zur missio in bona debitoris scheinbar enthalten, ist es angemessen, diese Frage zunächst aus allgemeineren Gesichtspunkten zu betrachten.

Das Recht zur Anfechtung fraudulöser Veräußerungen (bezw. der Schutz gegen fraudulöse Manumissionen) steht in engster Beziehung zur missio in bona; denn wie die missio die Befugniß gibt, das vorhandene Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers oder der Gläubigermehrheit zu verwenden, so soll die actio Pauliana auch das fraudulös Veräußerte zur Befriedigung der Gläubiger heranziehen.

Wegen dieser Gleichheit des Zweckes muß die Frage, wer (bei Vorhandensein der weiteren Erfordernisse) zur missio resp. zur actio Pauliana berechtigt sei, in gleicher Weise beantwortet werden, nämlich nach den Erörterungen des § 41 folgendermaßen: Nur Derjenige hat diese Rechte, der im entscheidenden Augenblick (zur Zeit der Veräußerung resp. der missio) schon Gläubiger war, und das heißt in Anwendung auf die bedingten Gläubiger: nur der bedingte

Vertragsgläubiger, weil dessen freilich noch von dem Eintritt der Bedingung abhängiges Recht als pendentes schon vom Vertragsschlusse ab vorhanden ist, nicht aber der bedingte Legatar, weil er auch im Fall der eintretenden Bedingung erst von der Zeit dieses Eintritts an Gläubiger wird, also wie die L. 27. pr. D. qui et a quibus manumissi (40. 9) sagt, inzwischen *„inter creditores non habetur“* [1]).

Das Gesagte steht mit dem practischen Bedürfniß in vollem Einklang.

Der bedingte Legatar hat regelmäßig und zwar ohne weitere Voraussetzungen einen Cautionsanspruch (legatorum servandorum causa), und dieser Cautionsanspruch ist durch die bei verweigerter Cautionsbestellung statthafte Immission des bedingten Legatars in alle aus der Erbschaft stammenden Güter des Onerirten zum Zweck der custodia, aber ohne Verkaufsrecht genügend gesichert. Ihm noch darüber hinaus das Recht zu geben, sich wie ein Gläubiger (der er doch nicht ist), d. h. zum Zweck der bonorum venditio *in bona debitoris* immittiren zu lassen, liegt kein Grund vor.

Ist ihm ausnahmsweise das Recht Caution zu verlangen vom Testator genommen, so bleibt doch das Resultat dasselbe; denn dann ist ihm eben aus Rücksicht auf diesen Willen des Testators das Recht zur missio in bona, welche ja pendente condicione auch nur die Bedeutung einer Caution haben würde, ebenfalls abzusprechen, und zwar um so mehr, als die Gewährung eine unleugbare Härte für die übrigen Gläubiger enthalten würde.

Wie sehr diese Härte der Zulassung nicht cautionsberechtigter bedingter Legatare in der Praxis empfunden wird, dafür haben wir in den Motiven zur Concursordnung ein um so unverdächtigeres

1) Näheres oben S. 464 ff.

Zeugniß, als die Motive den von uns entwickelten theoretischen Unterschied völlig übersehen. Motive S. 281: „Schon ein Lehrer des gemeinen Konkursprocesses (Kori, 2. Aufl. § 33. S. 45) hebt hervor: „Durch diese Zulassung der bedingten werden die unbedingten Forderungen der Gläubiger wegen zufälliger Concurrenz mit bedingten Gläubigern selbst zu bedingten, und die Befriedigung der unbedingten von den Bedingungen der letzteren Gläubiger abhängig." Ein Vorwurf, der doppelt schwer wiegt, wenn die thatsächlichen Verhältnisse so liegen, daß es nicht nur möglich, sondern nach Menschenberechnung so gut wie sicher ist, daß niemals die bedingte Forderung zur Entstehung gelangen wird. Bedingungen finden sich vorzugsweise in letztwilligen Dispositionen. Man denke sich beispielsweise: ein Erblasser hat seine Tochter mit einer kleineren Summe abgefunden und das ganze übrige Vermögen seinem Sohne zugewendet, unter der kautionsfreien Verpflichtung, daß er 20,000 Thaler der Tochter herausgebe, falls sie eheliche Descendenz erhalten sollte; die Erbschaft sind die Fonds, mit denen der Sohn Jahre lang sein Geschäft betrieben hat; nun fallirt er, und die Tochter, — jetzt alt, unverheirathet, meldet ihre eventuellen 20,000 Thaler zum Konkurse an; durch Retention derselben würde die Masse erschöpft und die Gläubiger um ihre Befriedigung gebracht werden, — und was würde ihnen eine Auszahlung nützen, wenn sie verpflichtet sein sollten, selbst und anderweit 20,000 Thaler sicher zu stellen"? Ich habe verstärkend hinzuzufügen, daß gerade derartige unwahrscheinlich eintretende oder erst nach langer Zeit sich entscheidende Bedingungen in Testamenten häufig, im übrigen Rechtsverkehr sehr selten vorzukommen pflegen. Zu kaufen, zu miethen und dergl. pflegt man unter Bedingungen, die vielleicht in Wochen und Monaten, selten selbst nur nach wenigen Jahren entschieden werden.

Die Zulassung des bedingten Vertragsgläubigers erscheint also in der weit überwiegenden Mehrheit der Fälle — und die ist ent-

scheidend — für die übrigen Gläubiger als geringe Härte, für den bedingten Vertragsgläubiger dagegen ist sie ein absolutes Bedürfniß.

In der That ist sie denn auch für diesen Fall rechtlich begründet. Der bedingte Vertragsgläubiger hat das Recht **ex justa causa** Caution zu verlangen. Daß die Gefahr, wegen drohender Insolvenz des Schuldners leer auszugehen, eine solche **justa causa** bildet, sollte billiger Weise nicht bezweifelt werden. Zwar haben sich vereinzelte oberstrichterliche Urtheile dagegen ausgesprochen (Seuffert's Archiv. Bd. 16. Nr. 190. Bd. 22. Nr. 7) unter dem Anführen: der Schuldner habe nur versprochen, bei Eintritt der Bedingung oder des Termins zu zahlen, ihn vorher wegen Vermögensverfall zur Cautionsleistung anzuhalten würde ohne sein Verschulden eine ungerechtfertigte Härte sein. Allein ich kann in dieser Deduction nur ein Symptom der allzuzarten Rücksicht finden, welche die Neuzeit so vielfach insolventen Schuldnern zum Schaden des Verkehrs gezeigt, und welche die Gesetzgebung glücklicher Weise in der Konkursordnung für das deutsche Reich zu beseitigen begonnen hat. Wenn die Anerkennung des Cautionsanspruchs unter Umständen eine Härte gegen den Schuldner sein kann, so ist die Aberkennung ohne Zweifel eine solche für den Gläubiger der betagten oder bedingten Schuld; derselbe würde, wenn er nicht etwa beweisen kann, daß der Vermögensverfall ein verschuldeter sei — und wie selten wird das gelingen — gezwungen sein ruhig zuzusehen, wie die Hoffnung auf Realisirung seiner Forderung mehr und mehr sinkt und schließlich ganz verschwindet. In diesem Dilemma muß die Entscheidung regelmäßig nicht für den insolventen oder der Insolvenz entgegengehenden Schuldner, sondern für den Gläubiger ausfallen, und dafür haben sich den auch andere oberstrichterliche Urtheile (Seuffert's Archiv, Bd. IV. Nr. 196. Bd. XXX. Nr. 111. Bd. XXXIII. Nr. 5. S. 7.) ausgesprochen.

Der hiernach regelmäßig — Ausnahmslosigkeit soll nicht behauptet werden — bei Insolvenz oder Gefahr derselben begründete

Cautionsanspruch kann, da ein anderer Weg nicht (wie bei Legaten) angegeben ist, nur durch die gewöhnliche missio exequirt werden. Nur kann der Gläubiger, auch wenn er die missio erlangt hat, pendente condicione nicht mit der bonorum venditio vorgehen, da der Cautionszweck schon durch die missio erfüllt ist.

Nach diesen allgemeinen Erörterungen wende ich mich zur Prüfung der einschlagenden Stellen.

L. 50. pr. D. de peculio (15. 1) Papin. l. 9. quaest. Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat: in bonorum possessionem ejus rei servandae causa mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum, quia non fraudationis causa latitat qui, si judicium acciperet, absolvi deberet. nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur: nam *et si in diem vel sub condicione debeatur, fraudationis causa non videtur latitare,* tametsi potest judicis injuria condemnari.

Papinian leugnet die Zulässigkeit der missio in bona gegen den latitans wegen einer actio de peculio, wenn nichts im peculium vorhanden ist. Der Schuldner braucht hier nichts zu zahlen, also liegt auch in seinem Latitiren keine (betrügerische) Schädigung des Gläubigers. Mit diesem Falle aber wird die befristete und bedingte Schuld verglichen, bei der vor Eintritt der Bedingung oder des dies ebenfalls Zahlung noch nicht gefordert werden kann, also durch das Latitiren ebenfalls keine (betrügerische) Schädigung des Gläubigers bewirkt wird.

Den gleichen Grundgedanken spricht auch Ulpian in Bezug auf eine andere Voraussetzung der missio (qui absens non defenderetur) in L. 2. § 3 quibus ex causis (42. 4) aus:

Defendi autem videtur, qui per absentiam suam in nullo deteriorem causam adversarii faciat.

„Derjenige verletzt seine Defensionspflicht nicht, der durch seine Abwesenheit den Gegner in keiner Weise schädigt." Combiniren

und präcisiren wir beide Stellen, so ergibt sich das Resultat: „Derjenige, der sich auf nichts weiter als sein bedingtes oder befristetes Recht und die latitatio oder Abwesenheit des Schuldners beruft, kann keine missio erlangen, weil er durch die latitatio oder absentia keinen Schaden leidet." Ganz anders aber liegt offenbar die Sache, wenn der bedingte Gläubiger auf Grund seines bedingten Rechtes und der wegen Insolvenz des Schuldners oder aus andern Gründen drohenden Gefahr Caution verlangen kann. Hier wird er durch die latitatio oder absentia geschädigt, und die missio ist daher, wenn obige Voraussetzungen wahrscheinlich gemacht werden, allerdings zu gewähren, wenn gleich natürlich ohne Verkaufsrecht vor dem Eintritt des dies oder der Bedingung. Daß dies durch die L. 2. §. 3. D. cit. nicht in Abrede gestellt, sondern indirect bestätigt wird, liegt auf der Hand; aber auch die L. 50. cit. steht damit nicht in Widerspruch.

Papinian leugnet die Zulässigkeit der missio auf Grund einer actio peculio, wenn nichts im peculium vorhanden ist, und zieht zum Beweise die Unzulässigkeit der missio wegen bedingter oder befristeter Schuld herbei. Nun ist sofort klar, daß diese Parallele nur für die missio wegen der bedingten oder befristeten Schuld selber paßt, nicht aber für die missio wegen des unter besonderen Umständen vorhandenen Cautionsanspruches für die bedingte oder befristete Schuld. Nur auf die erstere, nicht aber auf den Cautionsanspruch, den Papinian hier gar nicht im Sinne hat und haben braucht, darf also die Stelle bezogen werden.

Wir haben denn auch einen doppelten Beweis, daß pendente condicione eine missio in bona vorkommen konnte:

L. 7. § 14. D. quibus ex causis in poss. eatur (42. 4) Ulp. L. 59 ad edictum. Si in diem vel sub condicione debitor latitet, ante quam dies vel condicio veniat, non possunt bona ejus venire.

L. 6. pr. D. eod. Paulus l. 57 ad edictum. In possessionem

mitti solet creditor, etsi sub condicione pecunia ei promissa sit.

Wird es schon nach der ersteren Stelle wahrscheinlich, daß die missio auf Grund der bedingten Forderung wenigstens unter Umständen zulässig sein muß — denn wäre es sonst nöthig gewesen, den Mangel des Verkaufsrechtes besonders zu betonen? — so wird dies in der zweiten Stelle geradezu ausgesprochen. Ganz besonders ist dabei auf das „solet" zu achten. Es wird nicht gesagt, daß der bedingte Gläubiger die missio stets ohne Weiteres erhalte, sondern daß er sie gewöhnlich erhalte, und das ist auch richtig, wenn man nur die Fälle im Auge hat, in denen er — eben wegen vorhandener Gefahr — sich überhaupt veranlaßt fühlen wird, um dieselbe zu bitten.

Die Zulässigkeit der missio wegen des (ex justa causa d. h. hier bei drohender Gefahr) schon pendente condicione zustehenden Cautionsanspruches würde denn auch schwerlich bestritten sein, wenn nicht die ebenfalls Paulinische L. 14. § 2 eodem einen diametralen Widerspruch zu enthalten schiene.

Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.

Alle bisherigen Versuche [1]) diese Stelle mit L. 6. pr. cit. in Einklang zu bringen, sind m. E. völlig gescheitert, und das gilt nicht am wenigsten von dem neuerdings von Wendt wieder vertheidigten Vorschlage Donells [2]), die L. 14. § 2 auf einen Fall, wo noch Niemand immittirt war, zu beziehen, die L. 6. pr. dagegen von der nachträglichen Zulassung des bedingten Gläubigers zu einer von unbedingten schon früher erlangten missio zu verstehen. Diesem Vereinigungsversuch widerstreitet der Wortlaut beider Stellen direct, da weder das „solet" noch das ganz allgemeine „non mittitur"

---

[1]) Vergl. darüber besonders Dernburg, emtio bonorum. S. 98—102.
[2]) Comm. XXIII. cap. 11. § 7 u. 8. Wendt a. a. O. S. 38—42.

gerechtfertigt erschiene. Außerdem aber führt er zu einem ganz unbefriedigenden Resultate, da er den bedingten Gläubiger, wenn keine anderen unbedingten Gläubiger vorhanden sind, oder diese die missio nicht impetriren, schutzlos läßt.

Meiner Meinung nach sind die Worte der L. 14. § 2 völlig mißverstanden. Sie stehen im engsten Zusammenhange mit dem § 1, wie übrigens auch aus dem bisher völlig übersehenen „autem“ hervorgeht.

L. 14. § 1 u. 2 cit. Sed et si quis legatorum servandorum causa missus in possessionem admissus non est, si legati condicio pendeat, licet possit deficere, aestimatur tamen id quod legatum est, quia interest ejus cautum habere. Creditor autem condicionalis in possessionem non mittitur, quia is mittitur, qui potest bona ex edicto vendere.

Ich gebe den Inhalt durch eine paraphrasirende Uebersetzung wieder: „Aber auch wenn Jemand legatorum servandorum causa in possessionem (nämlich der dem Onerirten aus der Erbschaft zugekommenen Güter) immittirt und an der Besitzergreifung gehindert wurde, so kann er bei schwebender Bedingung klagen und es wird, wenn gleich die Bedingung ausfallen kann, sein Interesse an der Sicherstellung abgeschätzt. Wie ein bedingter Gläubiger aber kann er nicht immittirt werden (nämlich in bona debitoris), weil nur derjenige immittirt wird, der (eventuell) verkaufen kann.“ „Er aber“, füge ich hinzu, „würde auch nach eingetretener Bedingung keinenfalls verkaufen können, da nur derjenige verkaufen kann, der schon zur Zeit der missio Gläubiger war, und das trifft beim bedingten Legatar nicht zu.“

Das Räthsel löst sich also dadurch, daß das Subject aus dem § 1 bleibt, nämlich der bedingte Legatar, und das „creditor autem“ nicht als Subject sondern als Zusatz zu mittitur aufgefaßt wird.

Er wird nur als Legatar nicht aber als Gläubiger (nämlich bedingter) immittirt [1]).

Somit kommen wir zu dem Resultat: Nach römischem Recht ist der bedingte Legatar zur missio in bona debitoris nicht berechtigt, weil er nicht Gläubiger, auch nicht Gläubiger einer pendenten Obligation ist (inter creditores legatarius iste non habetur), und weil sein allerdings bestehendes Cautionsrecht durch eine andere missio geschützt ist; der bedingte Vertragsgläubiger dagegen ist Gläubiger einer schwebenden Obligation, kann, wenn seine eventuelle Forderung gefährdet ist, Caution, und wenn diese nicht geleistet wird, bei Vorhandensein der übrigen bekannten Erfordernisse (Judicat, confessio, latitatio, absentia) missio in bona verlangen, die ihn freilich vor dem Eintritt der Bedingung nicht zur bonorum venditio berechtigt.

Was das Recht bedingter Gläubiger am heutigen Konkurs Theil zu nehmen betrifft, so würde dasselbe, wenn wir zunächst von den Bestimmungen der Konkursordnung absehen wollten, sich folgendermaßen gestalten.

Der bedingte Vertragsgläubiger könnte am Konkurse Theil nehmen, aber in demselben nur Sicherstellung verlangen, sei es durch gerichtliche Aufbewahrung des auf ihn bei der Schlußvertheilung entfallenden Theiles, sei es durch Auszahlung desselben an die übrigen (unbedingten) Gläubiger gegen Sicherung der Rückgabe, im Fall die Bedingung eintritt.

---

[1]) Bei dieser Auffassung tritt der durch „autem" angedeutete Gegensatz wirklich hervor. Bei jeder anderen begreift man kaum wie zwei so verschiedene Dinge „der bedingte Legatar hat immissio in die Erbschaftsgüter", „der bedingte Creditor hat keine immissio in die bona debitoris" in Gegensatz gestellt werden können, und noch weniger wie diese beiden grundverschiedenen Missionen einander ohne jeden Zusatz, ganz als ob es sich um die gleiche missio handelte, gegenüber gestellt werden können.



Der bedingte Legatar könnte, wenn er, wie regelmäßig, cautionsberechtigt ist, gleichfalls und mit gleicher Wirkung am Konkurse theilnehmen; denn das römische Mittel die **cautio legatorum servandorum** zu erzwingen bezw. zu ersetzen, nämlich die Immission in die aus der Erbschaft stammenden Güter des Onerirten, ist schon lange in Vergessenheit gerathen, sicher aber durch die Neuregulirung des Executions- und Konkursverfahrens außer Kraft gesetzt (vergl. auch Dernburg, Pand. III. § 99. Anm. 18.); das Recht des bedingten Legatars auf Caution ist also, da es nicht schutzlos bleiben kann, auf die gewöhnliche Weise, mithin auch durch Anmeldung im Konkurse mit der Wirkung der Sicherstellung zu verfolgen.

Ist dagegen der bedingte Legatar ausnahmsweise (namentlich weil dem Onerirten die Sicherheitsleistung vom Testator erlassen ist) nicht cautionsberechtigt, so würde er auch nicht am Konkurse Theil nehmen, weil er zur Zeit der Konkurseröffnung keine (auch keine pendente) Forderung und keinen Cautionsanspruch hatte.

Die Konkursordnung stimmt aber hiermit nicht völlig überein. Zwar stellt sie im § 2 den an sich durchaus richtigen Grundsatz auf:

Kk. O. § 2: Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (Konkursgläubiger).

Aber wie die Motive namentlich zu § 60 der Kk. O. unwiderleglich zeigen, ging man dabei von der, wie wir gesehen haben, nicht zutreffenden Ansicht aus, daß der bedingte Vermächtnißnehmer bereits pendente condicione einen begründeten Anspruch habe. Man glaubte den bedingten Legatar daher, auch wenn er kein Cautionsrecht hatte, von der Theilnahme am Konkurse nicht ausschließen zu dürfen, fühlte aber gleichwohl, daß es eine schwere Unbilligkeit sein würde, die Befriedigung der übrigen (unbedingten) Gläubiger um des bedingten Legatars willen auf oft lange Zeit hinauszu-

schieben, und war sich wohl auch der Inconsequenz bewußt, die darin liegt, dem nicht cautionsberechtigten bedingten Vermächtnißnehmer, der dem Schuldner gegenüber keine Sicherheit irgend welcher Art beanspruchen kann, im Konkurse des Schuldners eine solche Sicherheit zu gewähren. In diesem Dilemma hat die Konkursordnung einen Mittelweg eingeschlagen. Sie gibt dem bedingten nicht cautionsberechtigten Vermächtnißnehmer zwar das Recht am Konkurse Theil zu nehmen, bei Abschlagsvertheilungen vorläufig, jedoch ohne Auszahlung der Summe, berücksichtigt zu werden und bei der Schlußvertheilung definitiv berücksichtigt zu werden, wenn bis dahin die Bedingung eingetreten ist; tritt aber die Bedingung vor der Schlußvertheilung nicht ein, so werden die vorläufig für ihn reservirten Summen frei und demgemäß ohne Caution oder Regreßanspruch den übrigen Gläubigern ausbezahlt [1]).

Das Letztere ist nach unseren Ausführungen zweiffellos gerechtfertigt, nicht aber das Erstere. Wird der nicht cautionsberechtigte bedingte Vermächtnißnehmer nach der Kf. O. auch nur für den Fall, daß die Bedingung vor der Schlußvertheilung eintritt, zugelassen, so ist doch auch diese beschränktere Sicherung desselben eine Inconsequenz. Außerhalb des Konkurses kann er keine Sicherung irgend welcher Art verlangen. Er muß ruhig zusehen, wie der Onerirte seine Activa verzehrt und verschwendet, bis für ihn nichts mehr übrig bleibt. Kommt es aber zum Konkurse, so wird er den Gläu-

---

[1]) Kf. O. § 36: Forderungen unter einer Suspensivbedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.

Kf. O. § 142: Fordernngen unter aufschiebender Bedingung werden bei einer Abschlagsvertheilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Bei der Schlußvertheilung findet ihre Berücksichtigung nur statt, sofern dem Verwalter bis zum Ablaufe der Ausschlußfrist der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder so weit der Gemeinschuldner zu einer Sicherstellung verpflichtet war.

digern dieses selben Onerirten gegenüber gesichert, wenn auch nur für den Fall, daß die Bedingung vor der Schlußvertheilung eintritt.

Auch ist mindestens wundersam und verräth die Willkürlichkeit der ganzen Entscheidung, daß es für die Befriedigung oder Nichtbefriedigung des bedingten Legatars gerade darauf ankommen soll, ob die Bedingung vor oder nach der Schlußvertheilung eintritt; denn in anderen Beziehungen ist für das Recht der Konkursgläubiger nicht die Schlußvertheilung, sondern die Konkurseröffnung der entscheidende Zeitpunkt.

Wir haben bisher nur vom nicht cautionsberechtigten bedingten Vermächtnißnehmer gesprochen. Was die bedingten Vertragsgläubiger anbelangt, so kommt es kaum vor, daß denselben das Cautionsrecht fehle. Dieselben sind bekanntlich cautionsberechtigt ex justa causa, und die nicht nur drohende, sondern durch die Konkurseröffnung sogar schon constatirte Insolvenz bildet eine den Cautionsanspruch rechtfertigende Gefahr. Ein Mangel des Cautionsrechtes ist also hier wohl nur in dem Falle denkbar, daß der Gläubiger von vorn herein auf seinen eventuellen Cautionsanspruch verzichtet hätte, und dies dürfte im wirklichen Rechtsleben kaum jemals vorkommen.

Sollte es doch einmal der Fall sein, so würde ich übrigens auch hier es für angemessener halten, den bedingten Gläubiger ganz vom Konkurse auszuschließen. Befriedigung kann er noch nicht verlangen, denn seine Forderung ist noch bedingt; auf Sicherheitsleistung hat er auf alle Fälle, also auch für den Fall des Konkurses verzichtet. Tritt die Bedingung vor der Schlußvertheilung ein, so kann das an der Sachlage nichts ändern; denn die Konkursmasse ist seit der Eröffnung des Konkurses zur Befriedigung der Gläubiger bestimmt. Die Konkursordnung stellt aber auch für diesen Fall diejenigen abweichenden Regeln auf, welche wir bezüg-

lich des bedingten nicht cautionsberechtigten Legatars besprochen haben.

Was endlich die cautionsberechtigten bedingten Vertrags- oder Vermächtnißgläubiger anbelangt, so ist in dieser Beziehung die Konkursordnung völlig mit den entwickelten Regeln in Einklang. Sie erkennt dieselben als Konkursgläubiger an, gewährt ihnen zunächst Sicherung und bei Eintritt der Bedingung, mag derselbe auch nach der Schlußvertheilung stattfinden, Auszahlung der auf sie fallenden Summen.

Beilage II.

Unmöglichkeit der Leistung bei unbedingten, befristeten und bedingten Geschäften (zu § 45).

Das auf etwas dauernd [1]) Unmögliches gerichtete Geschäft ist nichtig. Den Grund dieser Regel findet Windscheid [2]) darin, daß Gebundenheit des Willens auf etwas Unmögliches undenkbar sei. Allein, wenn diese Erklärung auch im ersten Augenblick etwas Bestechendes hat, so dürfte sie doch bei genauerer Betrachtung zu verwerfen sein; denn die aufgestellte Prämisse ist weder logisch nothwendig, noch im römischen Rechte allgemein anerkannt.

Es ist sehr wohl möglich, daß das Recht Verpflichtungen auf etwas Unmögliches als zu Recht bestehend annimmt mit der Maßgabe, daß (gerade wie bei möglichen Obligationen, deren directe Erfüllung nicht erzwungen werden kann) die schließliche Verurtheilung und Execution auf den Werth (aestimatio oder Interesse) gerichtet wäre. Am wenigsten aber hätte das classische römische

---

1) Dauernd unmöglich ist die Leistung, wenn dem Zustande, der die Leistung hindert, seiner Natur nach die Eigenschaft der Continuität zukommt, ohne daß darum jede Aussicht auf Hebung der Unmöglichkeit ausgeschlossen sein brauchte. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung. S. 147.

2) Recension zu Mommsens Unmöglichkeit der Leistung. Heidelb. krit. Zeitschrift. Bd. 2. S. 115. 1.

Recht, das nur die **pecuniaria condemnatio** kennt, eine solche Annahme zu scheuen.

Solche Obligationen kommen nun im römischen Rechte wirklich vor, nicht nur ausnahmsweise beim Kauf eines freien Menschen, wenn der **emtor bona fide** war, sondern ganz regelmäßig bei der nachfolgenden Unmöglichkeit. Durch die nach Abschluß des Vertrages eintretende Unmöglichkeit wird die Obligation nur dann aufgehoben, wenn den Schuldner kein von ihm zu prästirendes Verschulden trifft. In den anderen Fällen bleibt die Obligation bestehen und zwar, wie vielfach richtig bemerkt ist, ohne jede Veränderung ihres Gegenstandes. Man darf hier keineswegs, wie Windscheid meint [1]), als Gegenstand der Obligation hinfort die Leistung des Interesses betrachten. Da nämlich eine Veränderung des Hauptgegenstandes der Obligation nothwendig eine Aufhebung der alten und die Begründung einer neuen Obligation enthält, so würde, wenn Windscheids Ansicht richtig wäre, durch die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung die bestehende Obligation stets aufgehoben, und die Entstehung einer neuen Interesseobligation (im Falle der Verschuldung) wäre zweifelhaft; der Schuldner könnte sich also der Contractsklage gegenüber einfach auf die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung berufen; denn dadurch wäre der Untergang derjenigen Obligation, aus der allein geklagt ist, erwiesen. Wollte der Kläger eine Verurtheilung aus der neuen Interesseobligation erwirken, so müßte er zur Begründung dieser zweiten Klage die Verschuldung des Beklagten beweisen.

Windscheid sucht freilich diese nothwendige Folgerung durch folgende Deduction zu entkräften: Der Gläubiger könne nach eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung den Gegenstand der Obligation nicht fordern, da er nicht geleistet werden könne; er fordere

---

1) a. a. O. S. 128.

statt seiner ein Geldäquivalent. Das sei freilich etwas Neues, aber die unmittelbare Folge seiner Obligation, der sich der Schuldner durch die Berufung auf die bloße Unmöglichkeit nicht entziehen könne. Allein die Unrichtigkeit dieser Argumentation ist leicht ersichtlich. Wenn wirklich der Gegenstand der Obligation „etwas Neues" ist, so ist die Obligation selbst eine neue, und diese neue Obligation ist eben nicht „die unmittelbare Folge seiner Obligation", sondern sie setzt außerdem die Verschuldung des Schuldners voraus. Diese zweite Voraussetzung seiner neuen Obligation müßte also der Gläubiger beweisen, und ihn von diesem Beweise entbinden, hieße eine Präsumtion der Verschuldung aufstellen.

Beweis gegen Windscheid erbringt außerdem die

L. 91. § 5, 6. D. de verb. obl. (45. 1). Paulus. An filius familias, qui jussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet quasi accessionem intellegens eum qui jubeat. Effectus hujus constitutionis ille est, ut *adhuc homo peti possit:* sed et acceptum ei posse ferri creditur et fidejussorem accipi ejus obligationis nomine. novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est neque *pecuniam quae non debetur,* stipulari possumus. ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano placuit.

Trotz der Tödtung des versprochenen Sclaven, also Unmöglichkeit der Leistung desselben, wird hier als Gegenstand der Klage und Schuld nach wie vor der Sclav (d. h. die Leistung des Sclaven) bezeichnet (adhuc homo peti possit), und ausdrücklich negirt, daß die Schuld sich in eine Interesse- d. h. Geldschuld verwandelt habe (pecuniam quae non debetur). Der übrige Inhalt der Stelle wird alsbald erklärt und verwerthet werden.

Mit Recht führt Mommsen [1]) die Regel „impossibilium nulla est obligatio" auf die Absicht der Parteien zurück folgendermaßen: Wußten die Parteien von der Unmöglichkeit, so fehlte ihnen der ernstliche Wille. Wußten sie nicht darum, so würden sie jedenfalls diesen Vertrag nicht abgeschlossen haben, wenn ihnen die Unmöglichkeit bekannt gewesen wäre. Ob einen anderen, kann nicht entschieden werden.

Bei letztwilligen Verfügungen folgt der Satz aus dem Willen des Testators. Wußte er um die Unmöglichkeit, so fehlte ihm der ernstliche Wille oder der Gebrauch der Verstandeskräfte. Wußte er nicht darum, so muß man annehmen, er hätte, wenn mit der Unmöglichkeit bekannt, diese letztwillige Verfügung gewiß nicht angeordnet (Analogie der Richtigkeit des Legates fremder Sachen, welche der Testator für eigene hielt).

Auch hier dient die oben angeführte L. 91. § 6 zu einer weiteren Bestätigung unserer Ansicht. Liegt der Grund der Ungültigkeit des auf etwas Unmögliches gerichteten Vertrages in dem wirklichen oder vermuthlichen Willen der Parteien, so muß der Vertrag in den Fällen gültig sein, wo die Parteien trotz ihrer Kenntniß der Unmöglichkeit den Vertrag mit wirklich verpflichtender Absicht abschließen. Es muß hier eine auf das Unmögliche gerichtete, natürlich nur durch das Surrogat der Leistung des Werthes in Geld zu erfüllende Obligation entstehen. Einen der hierher gehörigen, gewiß sehr seltenen Fälle enthält die angeführte Stelle. Trotz Tödtung des Sclaven bleibt der versprochene Sclav geschuldet. Kann diese Obligation novirt werden? Da die Novation erfordert, daß die neue Obligation sich auf denselben Gegenstand richte wie die alte [2]),

---

[1]) a. a. O. S. 106. 111.

[2]) Ob diese Ansicht auch vom Standpunkte des justinianischen Rechts noch maßgebend ist, kann hier unerörtert bleiben. Litteratur bei Windscheid. Pand. II. § 353. Anm. 4.

so ist die Stipulation einer Geldsumme, etwa des Werthes des Sclaven, zur Novation nicht tauglich (neque pecuniam, quae non debetur, stipulari possumus). Ebensowenig aber scheint eine Stipulation des Sclaven selbst möglich, da nach der bekannten Regel Verträge auf unmögliche Leistungen nichtig sind.

Diese Regel ist aber hier aus dem schon entwickelten Grunde nicht anwendbar. Wenn es wirklich die Absicht der Parteien ist (si hoc actum est inter partes), trotz des Todes des Sclaven eine auf die Leistung desselben gerichtete und natürlich nur durch das Surrogat der Werthleistung zu erfüllende Obligation, kurz eine Obligation genau desselben Inhaltes, wie die prior obligatio ist, zu begründen, so können sie es (ego puto novationem fieri posse).

Wenn die Stelle noch eine Möglichkeit des Zweifels überläßt, ob Paulus wirklich die neue Stipulation als auf Leistung des verstorbenen Sclaven gerichtet dachte, so wird auch diese Ungewißheit durch L. 83. § 7. D. de verb. obl. (45. 1) gehoben, welche eine (novatorische oder accessorische) Stipulation eines verstorbenen Sclaven für gültig erklärt, wenn derselbe ohnehin geschuldet wurde, also m. a. W. der Stipulation die Absicht zu Grunde lag, sich trotz Untergang der Sache zu verpflichten.

Gehen wir von der so bestätigten Grundlage aus, daß die Nichtigkeit des auf Unmögliches gerichteten obligatorischen Vertrages auf der wirklichen oder zu vermuthenden Absicht der Parteien beruht, so müssen wir den Vertrag für gültig halten, wenn die Unmöglichkeit später gehoben wird und die Parteien das Geschäft gerade in Rücksicht auf das etwaige Möglichwerden geschlossen haben. Fraglich kann nur sein, wann das Letztere anzunehmen ist.

1) Haben die Parteien das Geschäft gerade unter der Bedingung geschlossen, daß die Unmöglichkeit gehoben werde, so ist Alles

klar [1]). Das Geschäft ist gültig [2]), nicht weil es bedingt ist, sondern weil es mit Rücksicht auf die spätere Möglichkeit geschlossen wurde [3]).

2) Haben die Parteien das Geschäft sub die certo geschlossen, so darf nicht das Gleiche angenommen werden. Zwar ist hier eigentlich gar nichts Unmögliches versprochen; denn das, was versprochen ist, die Leistung an dem dies, ist ja, wie sich mittlerweile herausgestellt hat, möglich; aber dennoch muß der Vertrag nichtig sein und zwar aus demselben Grunde wie beim unbefristeten Geschäfte. Kannten die Parteien die (ihrer Natur nach dauernde) Unmöglichkeit, so konnten sie ernstlich nicht einfach sub die certo contrahiren; ihnen fehlte der ernste Wille; daß sie in der Erwartung der etwaigen Hebung der Unmöglichkeit contrahirt hätten, wird durch den Vertragsinhalt selbst, nämlich durch den dies certus, widerlegt. Kannten aber die Parteien die Unmöglichkeit nicht (was gewiß fast durchgängig zutrifft), so ist das Geschäft deshalb ungültig, weil beide Parteien bei Kenntniß der wahren Sachlage wenigstens diesen Vertrag — sub die certo — nicht abgeschlossen haben würden. Ob einen anderen, ist nicht zu ermitteln.

3) Was endlich die bedingten Verträge (mit Ausnahme des unter 1) besprochenen Falles) betrifft, so könnte die gleiche Behandlung wie bei den befristeten angemessen erscheinen. Ob ich dem A. eine Sache, die ihm schon gehört, auf den ersten Januar nächsten Jahres oder unter der Bedingung „wenn es am ersten Januar

[1]) Ganz dieselben Fragen sind in übereinstimmender Weise bereits für das bedingte Legat (regula Catoniana) entwickelt; oben S. 229 ff.

[2]) Eine Ausnahme findet statt, wenn die Erwartung der später eintretenden Möglichkeit als unsittlich erscheint; dann ist der Vertrag unter allen Umständen nichtig L. 83. § 5. D. de V. O. (45. 1). cfr. L. 137. § 6 eod.

[3]) Analoges findet sich bei der Bestellung eines Pfandrechtes an fremder Sache. Dieselbe braucht nicht unter der Bedingung künftigen Erwerbes, sondern nur mit Rücksicht auf den zukünftigen Erwerb der S. geschehen, so auch Dernburg, Pfandrecht. I. S. 242 ff.



nächsten Jahres schönes Wetter sein wird“ verspreche, dürfte für unsere Frage gleichgültig erscheinen, und in der That scheinen manche Juristen den bedingten Vertrag wie den unbedingten behandelt zu haben [1]). Allein wir dürfen für unsere Betrachtung ein Beispiel wie das gewählte nicht zu Grunde legen. In demselben ist allerdings ein Zusammenhang zwischen dem Eintritt der Bedingung und der Hebung der Unmöglichkeit kaum denkbar; aber, was sehr zu beachten ist, es ist auch überhaupt kein Zusammenhang zwischen dem Eintritt der Bedingung und der versprochenen Leistung (ihrem Werthe für den Gläubiger, der Leichtigkeit der Erfüllung für den Schuldner u. s. w.) vorhanden, und derartige Bedingungen sind, wenn sie auch als Schulbeispiele häufig genug gebraucht wurden (si Titius consul erit), im practischen Leben der Römer ohne Zweifel ebenso selten gewesen, als heutzutage. Im practischen Leben ist ein bestimmter Grund dafür vorhanden, weshalb man eine, und weshalb man gerade diese Bedingung setzt. Verspricht man nun eine unmögliche Leistung unter einer Bedingung, und tritt die Bedingung ein, nachdem die Unmöglichkeit weggefallen ist, so liegt die Annahme sehr nahe, daß die Bedingung eben gesetzt sei, weil der Schuldner annahm, daß bei ihrem Eintritt das Hinderniß der Leistung (die Unmöglichkeit) gehoben sein würde. In vielen Fällen wird dies noch zwischen den Zeilen zu lesen sein. Wenn ich einen städtischen öffentlichen Weg unter der Bedingung als Bauplatz verkaufe, daß der Bürgermeister X. noch zwei Jahr im Amte bleiben werde, so erkennt man, daß ich der Ansicht war, der Platz werde durch den Einfluß des X. (der vielleicht eine Verlegung des Weges befürwortet) dem Verkehr zurückgegeben und mir übertragen werden, mit anderen Worten, daß mit Rücksicht auf die Hebung der Unmöglichkeit contrahirt ist.

[1]) Aus der Redeweise des Ulpian L. 41. § 2. D. de leg. I. „secundum *eos qui* et emi rem meam sub condicione . . . . ajunt“ läßt sich auf das Vorhandensein der entgegengesetzten Ansicht schließen.



Wie nun aber, wenn die Natur der Bedingung nicht ohne Weiteres den Zusammenhang mit der späteren Hebung der Unmöglichkeit erkennen läßt? Ein heutiger Richter würde, wenn ihm sein Recht keinen Aufschluß gäbe, vielleicht genöthigt sein, den Beweis, daß mit Rücksicht auf die Hebung der Unmöglichkeit bedingt contrahirt sei, zu verlangen. Die römischen Juristen aber glaubten mit echt practischem Sinne diesen Beweis nicht fordern zu sollen, sie erkannten, daß dadurch die Gültigkeit oder Nichtigkeit des Vertrages nicht so sehr von der Ansicht der Contrahenten als vielmehr von der Redlichkeit oder Unredlichkeit der einer Partei abhängen würde, und glaubten sich demnach ein für allemal für die Nichtigkeit oder die Gültigkeit entscheiden zu müssen. Daß sie die letztere wählten, ist selbstredend. So lange die Annahme nicht ausgeschlossen ist, daß die Parteien die Hebung der Unmöglichkeit erwarteten, wird man nicht annehmen, sie hätten über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit geirrt, oder gar sie hätten in Kenntniß der Unmöglichkeit und ohne Erwartung ihrer Beseitigung, mit anderen Worten ohne ernstlichen Willen contrahirt. Das bedingte Versprechen einer unmöglichen Leistung ist also, wenn die Unmöglichkeit beim Eintritt der Bedingung gehoben ist, gültig, weil die Parteien vermuthlich eben in der Erwartung dieser Hebung der Unmöglichkeit contrahirt haben, oder wie Marcellus fast mit denselben Worten sagt:

Existimo, posse me id, quod meum est, sub condicione emere, *quia forte speratur, meum esse desinere* (L. 61. D. de contr. emt. (18. 1) — freilich ein eigenthümlicher Grund dieses „vielleicht," wenn man nicht bedenkt, daß neben diesem „vielleicht" nur die Annahme eines Irrthums oder des mangelnden Willens der Parteien übrig bleibt.

Es ist ersichtlich, daß die ganze Lehre mit der Rückwirkung oder Nichtrückwirkung der Bedingung nicht im geringsten Zusammenhange steht.

Beilage III.

Erwerbsberechtigungen.

Im § 57 dieser Abhandlung ist das durch den Anfall des dinglichen Legates entstehende (übrigens in der Regel noch vom Erbschaftsantritt der Testamentserben abhängige, also pendente) Recht als Erwerbsberechtigung, Recht auf Erwerb des Eigenthums bezeichnet. Da wir dabei mit einem nicht eingebürgerten Begriff operirt haben, scheint es nothwendig auf die Erwerbsberechtigungen etwas genauer einzugehen.

Das römische und namentlich das deutsche und moderne Recht zeigt uns mehrfach die Erscheinung von Rechten auf Erwerb des Eigenthums (an bestimmten oder unbestimmten Sachen) oder auf Erwerb eines anderen dinglichen Rechtes oder einer Vermögensgesammtheit. In den meisten dieser Fälle ist die dingliche oder persönliche Natur dieses Rechtes (in einigen auch die Existenz eines solchen, worüber später) bestritten.

Nehmen wir die Bezeichnung dingliches Recht im römischen Sinne, so trifft weder die eine noch die andre Annahme den wahren Sachverhalt. Die Annahme einer Obligation ist nicht genügend, theils weil es häufig an einem Schuldner völlig fehlt, theils weil selbst in den Fällen, wo neben der Erwerbsberechtigung eine Obligation wirklich besteht (wie ja auch im Falle des dinglichen Legates

im Justinianischen Recht), diese Obligation doch weder erklärt, wie die Erwersberechtigung gegen Singularsuccessoren wirken, noch wie sie den Eigenthumserwerb ohne den Willen des neuen Eigenthümers zur Folge haben kann. Die Annahme eines dinglichen Rechtes ist unzutreffend, weil einstweilen eine Willensherrschaft über die Sache (das Object des zukünftigen Erwerbes) noch nicht gegeben ist.

Es ist also anzuerkennen, daß diese Erwerbsberechtigungen in das Schema der Sachenrechte und Obligationen nicht eingeordnet werden können. Es sind Rechte absoluter Natur (nicht nur gegen eine bestimmte Person, sondern gegen Jedermann gerichtet), also darin den dinglichen gleich, dagegen darin von den dinglichen verschieden, daß die Berechtigung, die sie gewähren, nicht in einem Herrschen über die Sache, sondern in dem Erwerbenkönnen eines Rechtes besteht.

Im Einzelnen kann der Inhalt dieser Erwerbsberechtigungen wieder verschieden sein. Sie können das Recht enthalten, ipso jure oder durch eine formlose Willenserklärung oder durch eine ganz bestimmt geartete Handlung Eigenthümer zu werden. Sie können befristet oder bedingt sein und enthalten im ersten Fall das Recht bei Eintritt des dies, im andern das (pendente) Recht bei Eintritt der Bedingung Eigenthum u. s. w. zu erwerben. Sie sind nicht nur in Bezug auf den Eigenthumserwerb, sondern ebenso in Bezug auf den Erwerb anderer Rechte oder Rechtsgesammtheiten denkbar.

Wenn es auch nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein kann, diejenigen Erwerbsberechtigungen, welche der Bedingungs- und Befristungslehre fremd sind, ausführlich darzustellen, so scheint doch eine kurze Berührung wenigstens einiger Beispiele geboten. Dieselbe wird zeigen, daß es sich hier nicht um eine vereinzelte, abnorme Erscheinung handelt, sondern daß wir in den Erwerbsberechtigungen eine keineswegs seltene, dem römischen wie dem deutschen

Recht gemeinsame, auch dem modernen Recht unentbehrliche Rechtsbildung zu erblicken haben.

Wir beginnen mit einigen dem deutschen Recht und dem modernen Particularrecht entnommenen Beispielen, weil in ihnen der Character der Erwerbsberechtigung am klarsten ausgeprägt ist.

1. Das Jagdrecht.

Das deutsche Recht kennt eine Reihe von hierher gehörigen ausschließlichen Occupationsrechten. Das Jagdrecht, mit dem wir beginnen wollen, wird nicht selten als ein Recht am Grund und Boden betrachtet. Allein wenn auch richtig ist, daß der Jagdberechtigte zum Zweck der Ausübung der Jagd gewisse Einwirkungen auf den Grund und Boden (Betreten) vornehmen darf, so bilden doch diese Einwirkungen nicht den Hauptinhalt, sondern nur eine natürliche Consequenz und ein Annexum [1]) desselben. Noch viel verkehrter aber wäre es, das Jagdrecht als Eigenthum oder überhaupt Recht an den wilden Thieren zu denken, da diese nach deutschem, so gut wie nach römischem Recht res nullius sind. Daß die Annahme einer Obligation hier völlig ausgeschlossen ist, liegt ohne Weiteres auf der Hand; aber auch der nahe liegende Weg die Schwierigkeit begrifflicher Feststellung gewisser Rechte dadurch zu umgehen, daß man ihre Natur als subjective Rechte überhaupt in Abrede stellt, läßt hier im Stich. Wollte man nämlich behaupten, es be-

---

[1]) Denken ließe sich das Jagdrecht sogar ohne dies Annexum, so daß also der Jagdberechtigte nur an Jedermann zugänglichen Orten (öffentlichen Flüssen rc.) ohne weiteres jagen, Privateigenthum aber nur kraft Gestattung des Eigenthümers betreten dürfte. Wer mit Wendt, Jahrb. für Dogm. Bd. 19. S. 373 ff., das Jagdrecht als ein Recht am Grundstück, nämlich als ein frui in Bezug auf die Jagdnutzung betrachtet, wird gleichwohl zugestehen, daß dieses Recht auf frui sofern es nach deutschem Recht ein ausschließliches ist (dergestalt, daß der Wilddieb durch Occupation nicht Eigenthümer wird), sich als das Recht durch Occupation Eigenthum an den jagdbaren Thieren zu erwerben darstellt,



stehe (ohne Dasein eines subjectiven Jagdrechtes) einfach eine Rechtsregel des Inhaltes, daß nur die bestimmte Person (der sog. Jagdberechtigte) durch Occupation Eigenthümer werden könne, so würde man sich in den entschiedensten Widerspruch mit der Thatsache setzen, daß das Jagdrecht veräußert, zu Lehen gegeben werden konnte u. dergl. Es wird also anerkannt werden müssen: Jagdrecht ist das ausschließliche Recht innerhalb eines bestimmten Bezirkes durch Occupation Eigenthum an jagdbaren Thieren zu erwerben[1]).

In der neuesten Gesetzgebung hat das Jagdrecht meist die Natur eines selbstständigen Rechtes verloren und ist zu einem Annexum des Eigenthums am Grundstück geworden, hat aber im übrigen seinen Inhalt nicht verändert.

2. Das Fischereirecht.

Genau dasselbe gilt von dem Fischereirecht, sofern die Ausübung der Fischerei nicht etwa frei ist. Auch hier haben wir es mit einem ausschließlichen Occupationsrechte, d. h. mit dem ausschließlichen Rechte durch Occupation Eigenthum zu erwerben, zu thun.

3. Das Recht des Finders nach manchen Particularrechten.

Nach manchen Rechten, insbesondere im Preuß. Landrecht, erwirbt der Finder einen bedingten Anspruch auf Zuschlag des Eigenthums durch den Richter, bedingt dadurch, daß die gesetzlich vorgeschriebenen Maßregeln zur Auffindung des Eigenthümers die vorgeschriebenen Fristen hindurch erfolglos bleiben. Da der Eigenthumserwerb erst durch den Zuschlag erfolgt (vergl. Pr. L. R. I, 9,

---

[1]) Die Streitfrage, ob es nach römischem Recht Jagdrecht gegeben habe, kann hier unerörtert bleiben; vergl. darüber Wendt in dem in voriger Note citirten Aufsatze.



§ 43, 44, 52.), der Finder aber auf diesen einen festen, wenn gleich noch bedingten Anspruch hat (dessen Vererblichkeit wie Veräußerlichkeit begründeten Zweifeln nicht unterliegt), so haben wir es auch hier mit einem (bedingten) Recht auf Eigenthumserwerb durch richterlichen Zuschlag zu thun.

4. Das Expropriationsrecht.

Die Befugniß zum Besten gemeinnütziger Unternehmer das Expropriationsrecht zu verleihen ist staatsrechtlicher Natur. Ist aber für ein bestimmtes Unternehmen das Expropriationsrecht verliehen, so ist auf Grund des öffentlichen Rechts und in den durch den gemeinnützigen Zweck gegebenen Schranken eine privatrechtliche Befugniß, das Expropriationsrecht, erwachsen. Die privatrechtliche Natur dieses Expropriationsrechtes ergibt sich aus der Person des Berechtigten (der Unternehmer [1]), sei es der Staat, eine juristische Person oder ein Privatmann z. B. ein Eisenbahnunternehmer), aus der Richtung der Befugniß (gegen fremdes Eigenthum), aus der Wirkung der Ausübung derselben (Eigenthumserwerb gegen Entschädigung). Die Natur dieses Expropriationsrechtes ist bekanntlich höchst bestritten.

Gewöhnlich wird es als eine Forderung, sei es aus einem erzwungenen oder fingirten Kauf [2]), sei es als eine dem Kauf bezüglich der Wirkungen analoge obligatio quasi ex contractu [3]),

---

[1]) Gegen die Ansicht, expropriationsberechtigt sei stets der Staat, dieser übe das Expropriationsrecht zu Gunsten des Unternehmers aus, vergl. Randa in Grünhut's Zeitschrift. Bd. X. S. 633.

[2]) z. B. Gerber, d. Pr. R. § 174 b; Beseler, d. Pr. R. § 92. Anm. 14; Förster-Eccius, Pr. Pr. R. II. § 131. S. 169 ff.

[3]) Georg Meyer, Recht der Expropriation. S. 184 ff.

characterisirt. Obligatorisch ist in der That die Entschädigungspflicht des Expropriaten (wenn sie auch der Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises nicht gleichgestellt werden darf). Allein das durch den Ausspruch der Verwaltungsbehörde verliehene oder anerkannte Recht des Exproprianten, nach gezahlter oder deponirter Entschädigung das unbeschränkte Eigenthum (durch einen weiteren Ausspruch der Verwaltungsbehörde oder ipso jure) zu erwerben, kann nicht unter den Begriff der Obligation subsumirt werden. Die Voraussetzungen desselben, die Unternehmung, das konstatirte Bedürfniß aus Gründen des öffentlichen Interesses, liegen lediglich in der Person des Exproprianten, Person und Verhältnisse des Expropriaten haben mit der Entstehung des Expropriationsrechtes gar nichts zu thun; schon dies macht die Annahme einer Obligation auch einer Zustandsobligation unwahrscheinlich[1]); sodann aber, und das ist der Hauptgrund, ist gar keine Handlung anzugeben, zu welcher der Expropriat verpflichtet wäre. Er ist insbesondere weder zur Uebertragung des Eigenthums, noch des Besitzes verpflichtet. Das Eigenthum und die Befugniß sich den Besitz anzueignen, gehen vielmehr durch den Spruch der Behörde (nach manchen Rechten auch ohne einen solchen nach Zahlung der Entschädigung) ipso jure auf den Exproprianten über, und ein daneben noch denkbares obligatorisches Recht darauf, daß der Expropriant die Besitzergreifung dulden müsse, würde den Inhalt des Expropriationsrechtes nicht darstellen, sondern höchstens als eine überflüssige, werthlose Beigabe desselben erscheinen.

Das Expropriationsrecht richtet sich ferner nach dem Tode des Expropriaten nicht gegen die Erben desselben, sondern haftet unter allen Umständen lediglich an der Sache, wie denn auch das Expro-

---

[1]) Etwas zu weit geht wohl in der Betonung dieses Grundes Laband, die rechtliche Natur des Retractes und der Expropriation. S. 175 u. 76.



priationsverfahren nicht gegen die Erben als solche, sondern lediglich gegen den neuen Eigenthümer der Sache (etwa den Legatar) fortgesetzt werden kann. Endlich fehlt es auch völlig an einer processualischen Realisirung, wie sie der Obligation entsprechen würde. Der Expropriat wird nicht auf eine Leistung vor Gericht verklagt und verurtheilt und etwa im Fall der Verweigerung die Leistung (Eigenthumsübertragung) in contumaciam für geschehen erklärt, sondern die Enteignung wird durch die Verwaltungsbehörde vollzogen oder tritt von selbst ein, nachdem die letzten der Erfordernisse (Zahlung der Entschädigungssumme 2c.) nachgewiesen sind.

Da es außer Frage steht, daß das Expropriationsrecht trotz mancher Aehnlichkeiten nicht zu den dinglichen Rechten gerechnet werden kann, Formulirungen aber, wie die von W. Koch, Deutschlands Eisenbahnen. I. S. 74: „Die Expropriation sei gleichsam eine dingliche Last, die Klage eine dingliche Klage," selbstverständlich nicht befriedigen können, so mochte es in der That als der einzig übrig bleibende Ausweg erscheinen, wenn Laband [1]) ein subjectives Expropriationsrecht überhaupt leugnete und den Eigenthumserwerb des Exproprianten (abgesehen von der Entschädigungspflicht) mit dem Eigenthumserwerb durch occupatio bellica in Parallele stellte.

Noch einen Schritt weiter ging Grünhut, indem er auch den Anspruch des Expropriirten auf Entschädigung, dessen normalen privatrechtlichen Character Laband noch anerkennt [2]), aus der Reihe der Privatrechte strich und lediglich eine „öffentlich rechtliche Pflicht"

---

[1]) Die rechtliche Natur des Retractes und der Expropriation. Archiv f. civil. Pr. Bd. 52. S. 149 ff., namentlich S. 170, 178 ff. In dieser Beziehung ist auch Randa in dem citirten Aufsatze, Grünhut's Zeitschr. XI. S. 12 gleicher Ansicht: „Die Enteignung erscheint als eine eigenthümliche, auf einem einseitigen Acte der Staatsgewalt beruhende Eigenthumserwerbsart." Vergl. ferner die daselbst Note 14 citirten; ferner Roth, deutsches Privatr. III. § 246. I. 3.

[2]) a. a. O. S. 179.

„der Verwaltung" „in ihrer Eigenschaft als Enteigner" annahm [1]).

Ich kann weder der einen noch der anderen Ansicht beitreten, betrachte vielmehr sowohl die Entschädigungsforderung als das Expropriationsrecht als subjective Rechte, die erstere als Obligation, die letztere als Erwerbsberechtigung. Ich werde mich jedoch an dieser Stelle darauf beschränken, die Richtigkeit dieses Gesichtspunktes nach dem preußischen Gesetze über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874 darzuthun. Daß nach diesem Gesetze die Entschädigungspflicht nicht eine öffentlich rechtliche Pflicht ist, daß ihr vielmehr eine wahre privatrechtliche Entschädigungsforderung entspricht, dürfte sich schon aus dem § 42. Abs. 2 mit solcher Klarheit ergeben, daß eine weitere Ausführung überflüssig erscheint.

„Tritt der Unternehmer zurück, nachdem bereits die Feststellung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung erfolgt ist, so hat der Eigenthümer die Wahl, ob er lediglich Ersatz für die Nachtheile, welche ihm durch das Enteignungsverfahren erwachsen sind, oder Zahlung der festgestellten Entschädigung im Rechtswege beanspruchen will;" vergl. auch § 36, Abs. 1. § 37, Abs. 3 u. a. m.

Aber auch die Existenz eines subjectiven Enteignungsrechtes ist nicht zu bezweifeln. Während anfangs nur die allgemeine öffentliche Pflicht existirt, sich eventuell im öffentlichen Interesse eine Expropriation gefallen zu lassen, wird im Einzelfalle durch Königliche Verordnung (§ 2) für den Unternehmer das Expropriationsrecht bezüglich der für das fragliche Unternehmen nothwendigen Grundstücke begründet. Dieses Expropriationsrecht richtet sich nicht etwa gegen den Staat, sondern gegen die einzelnen Grund-

---

[1]) Grünhut, Enteignungsrecht. Wien 1873. S. 178 ff., namentlich S. 184.

eigenthümer, dinglich Berechtigten u. s. w. Daher wird der Plan nur nach Hörung ihrer Einwendungen festgestellt (§ 18. 19. 20) und ihnen („den Betheiligten") steht das Recht des Recurses an die Ministerialinstanz zu (§ 22). Durch die Feststellung des Planes und die Entscheidung der Bezirksregierung (§ 21) aber ist nun jedes einzelne Enteignungsrecht genau festgestellt, und das Gesetz hat über Verleihung, Gegenstand, Dauer, Sicherung, Ausübung und Verlust dieses Enteignungsrechtes eine Reihe von Bestimmungen, welche meines Erachtens die Zweifel an der Existenz eines subjectiven Rechtes als unbegründet erscheinen lassen.

Nach § 21 dieses Gesetzes stellt die Bezirksregierung auf Vorlage des Planes durch den Commissar „den Gegenstand der Enteignung, die Größen und die Grenzen des abzutretenden Grundbesitzes," sowie „die Zeit innerhalb deren längstens von dem Enteignungsrechte Gebrauch zu machen ist," fest, und der § 23 gibt die näheren Grundsätze für diese Feststellung „des Enteignungsrechtes." Das so festgestellte Recht wird nach § 24, Abs. 2 von Amts wegen durch eine „Vormerkung im Grundbuche" gesichert.

Nach § 42, Abs. 1 erlischt das Enteignungsrecht, „wenn der Unternehmer von dem ihm verliehenen Enteignungsrechte nicht binnen der im § 21 gedachten Zeit Gebrauch macht" und der Unternehmer haftet für Schadensersatz.

Nach § 57, Abs. 2 u. 3 entsteht ein Vorkaufsrecht bezüglich derjenigen Grundstücke, welche „in Folge des verliehenen Enteignungsrechtes zwangsweise oder durch freien Vertrag an den Unternehmer abgetreten sind", und „wer das Enteignungsrecht ausgeübt hat, muß die Absicht der Veräußerung und den angebotenen Kaufpreis dem berechtigten Eigenthümer anzeigen."

Aus diesen und einer Reihe von anderen Bestimmungen des Gesetzes, die sich übrigens auch in anderen Gesetzen in ähnlicher Weise wiederholen, geht hervor, daß das Enteignungsrecht als sub-

jectives, durch den Staat verliehenes (nach anderen Rechten durch den Staat anerkanntes) Recht betrachtet wird. Nach dem angeführten preußischen Gesetz wird dasselbe durch königliche Verordnung begründet und durch Beschluß der Bezirksregierung (eventuell durch Ministerialentscheidung in der Recursinstanz) im Einzelnen festgestellt. Seiner Entstehung nach ruht es also (ähnlich wie die Privilegien) auf einem Acte der Staatsgewalt, wie denn auch der Grund der Gewährung desselben in dem öffentlichen Interesse liegt. Einmal begründet aber ist es ein Recht im subjectiven Sinne, nämlich das Recht, nach Bezahlung oder Hinterlegung der Entschädigungssumme durch Ausspruch der Bezirksregierung, nach manchen anderen Rechten auch ohne Weiteres [1]), Eigenthum zu erwerben; also eine Erwerbsberechtigung in unserem Sinne.

Daß das Enteignungsrecht, nachdem es (durch die königliche Verordnung) geschaffen oder gar schon im Einzelnen durch die Bezirksregierung festgestellt ist, zu den vererblichen Rechten gehört, also, wenn ein Einzelunternehmer einer Eisenbahn stirbt, mit dem Unternehmen selbst auf dessen Erben übergeht, ist selbstverständlich, und ebenso wenig wird bezweifelt werden können, daß mit einer rechtsgültigen Veräußerung des gesammten Unternehmens auch das

---

[1]) Kurhessisches Gesetz von 1843: „Der Erwerber . . . . . ist alsdann (wenn er die Entschädigung geleistet hat) befugt, den erworbenen Gegenstand in Besitz zu nehmen.“ Ebenso das Kurhess. Gesetz von 1846. § 21. Ebenso geht nach dem badischen Enteignungsgesetze vom 28. Aug. 1835 das Eigenthum, sobald die Entschädigung geleistet ist, auf den Enteigner über. Nach dem schweizerischen Bundesgesetze § 44 gehen die Rechte, welche Gegenstand der Abtretung sind, mit der Bezahlung ohne weiteres und ohne daß dazu die Beobachtung einer sonst etwa vorgeschriebenen Form nöthig wäre, auf den Enteigner über, und der würtembergische Entwurf eines Enteignungsgesetzes läßt gleichfalls das Eigenthum nach der Zahlung oder Deponirung der Entschädigungssumme, ohne daß es einer Uebergabe bedarf, übergehen.

bereits erworbene Enteignungsrecht übergeht, während der Zweck desselben eine Veräußerung abgetrennt von dem Unternehmen natürlich nicht gestattet.

Trotzdem kann man natürlich die gesammten angeführten Rechtserscheinungen auch ohne subjectives Enteignungsrecht durch die Annahme von freilich ziemlich complicirten Rechtsregeln erklären. Aber das ist genau genommen bei allen Rechten möglich. Man kann sich stets die einzelnen äußersten Consequenzen des subjectiven Rechts als auf selbständigen Rechtssätzen beruhend denken, die dann freilich, da sie des einigenden Kernes entbehren, nur eine wenig zusammenhängende und schwer zu beurtheilende Masse von Einzelbestimmungen bilden. Ja es ist sogar zuzugeben, daß der Bildung des Begriffes subjectiver Rechte solche Einzelregeln zeitlich voranzugehen pflegen und auch bezüglich des Enteignungsrechtes vorangegangen sind. Was ich behaupte, ist nur, daß die Annahme eines subjectiven Rechtes, welches die Vielheit der Einzelerscheinungen zu begrifflicher Einheit verbindet, eine höhere Stufe der Entwicklung bedeutet und daß das Expropriationsrecht diese höhere Stufe bereits erreicht hat [1]).

Nicht anders als nach preußischem Recht ist in dem uns hier interessirenden Punkte nach gemeinem Rechte zu entscheiden, wenn dies auch hier nicht weiter ausgeführt werden soll. Erinnern aber will ich zum Schlusse daran, daß schon Stobbe, Privatrecht. Bd. II. § 92. 2 vollkommen zutreffend das Expropriationsrecht als „Recht das Eigenthum zu erwerben“ bezeichnet hat, freilich ohne sich über die Natur dieses „Rechtes das Eigenthum zu erwerben“ näher auszulassen.

---

[1]) Bekanntlich ist der Character eines subjectiven Rechtes aus ähnlichen Gründen wie dem Enteignungsrecht auch dem Urheberrecht abgestritten. Vergl. dagegen die m. E. in der Hauptsache durchaus richtigen Ausführungen Kohlers, Autorrecht in Jhering's Jahrbüchern. Bd. 18, namentlich S. 185 ff.



„Wenn das beabsichtigte Unternehmen vom Staate gebilligt wird, erlangt der Unternehmer, je nach dem Standpunkte der verschiedenen Partikularrechte, durch einen Act der Gesetzgebung oder durch Verordnung des Landesherrn oder einer bestimmten Behörde, das Expropriationsrecht, d. h. das Recht die zur Ausführung des im öffentlichen Interesse zu unternehmenden Werkes unentbehrlichen Grundstücke auch gegen den Willen der Eigenthümer zu erwerben."

„Das Recht des Enteigners auf den Erwerb der betreffenden Grundstücke ist perfect" u. s. w.

In gleicher Weise hat auch Georg Meyer [1]), seine frühere Ansicht modificirend, sich ausgesprochen: „Es ist (Laband gegenüber) zuzugeben, daß nach vielen Enteignungsgesetzen, so z. B. nach dem vorliegenden preußischen — übrigens keineswegs nach allen — eine Tradition Seitens des Expropriaten, also eine Leistung desselben nicht erfordert wird, von einer Obligation daher nicht die Rede sein kann. Aber zweifellos besteht bereits vor dem Erwerbe des dinglichen Rechtes ein Anspruch des Exproprianten auf dasselbe" u. s. w.

Ich hoffe diesen Ansichten durch die Einreihung des Expropriationsrechtes in die Kategorie der Erwerbsberechtigungen die nöthige Klärung und Präcisirung gegeben zu haben.

5. Das Retractsrecht.

Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Retractsrechte. Das Retractsrecht ist kein dingliches jus in re aliena; denn es fehlt an einer Einwirkung auf die Sache, zu welcher der Retrahent (ehe er das Eigenthum erlangt) berechtigt wäre; auch trifft bei mehreren

---

[1]) Das Recht der Enteignung des Grundeigenthums in Preußen nach dem Gesetz vom 11. Juni 1874, Zeitschrift für deutsche Gesetzgebung. Bd. VIII im besonderen S. 573 ff.

Retractsrechten die bei dinglichen Rechten geltende Regel, daß das ältere Recht dem jüngeren vorgehe, nicht zu.

Das Retractsrecht ist eben so wenig eine Forderung; denn es richtet sich nicht gegen eine bestimmte Person, sondern es wirkt (nachdem es einmal begründet ist) gegen jeden Erwerber des Grundstücks, was bei Obligationen nur ganz ausnahmsweise vorkommt (**actio in rem scripta**); namentlich aber fehlt es beim Retractsrecht an jeder Leistung oder Handlung, zu welcher der Erwerber des Grundstücks dem Retractsberechtigten gegenüber verbunden wäre (vergl. das oben S. 605 über die Expropriation Gesagte). Das Retractsrecht ist vielmehr das Recht, ein durch Kauf veräußertes Grundstück binnen bestimmter Zeit von dem Käufer oder späteren Erwerber gegen Zahlung des ersten Kaufpreises und der damit verbundenen sonstigen Unkosten zu erwerben. Diese Erwerbsberechtigung entsteht kraft einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Bestimmung durch die erste Veräußerung. Sie erlischt mit Ablauf bestimmter Fristen. Verzicht ist (namentlich auch zu Gunsten nachstehender Retractsrechte) zulässig. Unter mehreren Berechtigten theilt es sich in manchen Fällen **pro rata** [1]); in anderen entscheidet Prävention, Loos, oder es bestehen gesetzliche Vorzugsrechte. Kurz, in jeder Beziehung tritt uns das Bild eines subjectiven Rechtes entgegen. Daß keine Veräußerung stattfindet, ist dem Retract mit verschiedenen anderen Rechten gemeinsam und folgt aus dem Zwecke desselben. Eben so wenig ist die Bestimmung, daß der Retract nur in eigenem Interesse ausgeübt werden soll (worüber vielfach ein Eid verlangt werden kann), mit dieser Construction des Retractes im Widerspruch, wie auch Analogieen anderer Rechte bestätigen. (Prädialservituten sind nur zum Vortheil des herrschenden Grundstücks auszuüben; der **usus** gewährt nur das Recht, die Sache in eigener Person bezw. mit der Familie zu gebrauchen).

---

1) So die Erblosung nach einer Reihe von Particularrechten.

Es ist also m. E. Laband[1]) nicht zuzustimmen, wenn er im Widerspruch mit der überall klar erkennbaren Auffassung der Quellen, welche von Näherrechten, Gerechtigkeiten, deren Entstehung, Hypothecirung, Eintragung, Ausübung, Untergang reden[2]), dem Näherrecht den Character eines subjectiven Rechtes überhaupt abspricht. Am schlagendsten aber spricht gegen diese Auffassung die Möglichkeit der Begründung von Retractsrechten durch Vertrag und Testament. Zwar ist die Möglichkeit einer solchen Bestellung nach gemeinem Recht bestritten, nach einer Reihe von Particularrechten aber ganz außer Frage[3]). Mindestens nach vielen Particularrechten muß also das Retractsrecht ein subjectives Recht sein, da doch nur solche, nicht aber „ein Inbegriff von objectiven Rechtsregeln" durch Vertrag geschaffen werden. Es ist aber schwer zu glauben, daß in diesen Particularrechten das Retractsrecht seiner Natur und Construction nach von dem sonstigen Retractsrecht völlig verschieden sei.

Endlich gibt Laband[4]) selbst zu, daß das hypothecarisch eingetragene Vorkaufsrecht ein subjectives Recht sei (nur nennt er es

---

1) a. a. O. S. 182 ff.

2) Statt aller seien hier nur wenige angeführt.

Württemb. L. R. II 16. § 9. . . . . . . daß denjhenigen, so — die Losung haben, nicht zu verwehren, sich ihrer Losungsgerechtigkeit zu gebrauchen.

Kursächsische Constit. von 1572. P. I. const. 32. „Do aber das Gut vor die Nehergeltung gebürlich hypothecirt, in diesen und dergleichen fellen, kan der Käuffer angesprochen werden."

Cod. Max. Bav. IV. 5. § 17. „Wird das Einstandsrecht durch besonderes Geding oder letzten Willen eingeräumt" . . . . . .

Auch die „dinglichen Vorkaufsrechte" des Preuß. L. R. I. 20. § 570. Oesterr. Ges. B. § 1073 haben in der für uns hier in Betracht kommenden Frage völlig die Wirkung der Retractsrechte.

3) Vergl. die Belege in der vorigen Anmerkung.

4) a. a. O. S. 186. Anm. 52.

mit Unrecht jus in re aliena); allein wie schon Stobbe[1]) hervorhebt, ist die Wirkung desselben, von hier nicht in Betracht kommenden Nebenpunkten abgesehen, die nämliche wie beim Retractsrecht[2]). Auch hier besteht eine Befugniß, das Grundstück vom ersten Käufer oder späteren Erwerber gegen Erstattung des Kaufpreises zu rwerben.

6. Vormerkungen zur Sicherung einer Forderung auf Auflassung u. s. w. nach dem Preuß. Gesetz vom 5. Mai 1872.

Der Grundbuchrichter darf nur solche Ansprüche eintragen, welche nach Maßgabe der Grundbuchgesetze liquid sind. Daraus erwächst für begründete, aber nicht liquide Rechte auf Einschreibung die Gefahr des Unterganges oder der Schädigung durch inzwischen etwa stattfindende Einschreibungen Dritter. Deshalb kann derjenige, der ein Recht auf Einschreibung wahrscheinlich machen kann, durch Vermittlung des Proceßrichters[3]) die Eintragung einer darauf bezüglichen Vormerkung herbeiführen, durch welche er bewirkt, daß Einschreibungen Dritter sein Recht nicht mehr schädigen können. § 8, § 16, § 22, § 70 des angeführten Gesetzes.

Eine derartige Vormerkung kann verlangt werden

1) zur Sicherung eines schon vorhandenen (nur nicht liquiden) dinglichen Rechtes am Grundstück z. B. des auf andere Weise als durch Auflassung entstandenen Eigenthums. § 8, § 16 des angef. Ges.

---

[1]) Deutsches Privatrecht. II. § 89. 2.

[2]) Vergl. auch Roth, Deutsches Privatrecht. III. § 328, welcher das Näherrecht geradezu als dingliches Vorkaufsrecht qualificirt und letzteres in ein gesetzliches und vertragsmäßiges theilt.

[3]) Außerdem kann eine solche Vormerkung auch auf Bewilligung desjenigen, gegen den sie gerichtet ist, eingetragen werden.

2) Zur Sicherung einer **Forderung auf Auflassung** des Eigenthums **oder auf Bestellung** eines dinglichen Rechtes [1]) oder einer Hypothek [2]) oder Grundschuld. a. a. O. § 8, § 16, § 22.

3) Zur Sicherung einer Löschung, z. B. wegen Zahlung der Hypothek oder Grundschuld. a. a. O. § 60. Grundbuchordnung § 88.

Nur der Fall unter Nr. 2 kommt hier für uns in Betracht. Das Gesetz bezeichnet die Wirkung der Vormerkung in diesen Fällen dahin, daß das Recht auf Auflassung (bezw. das Recht auf Bestellung und Eintragung des dinglichen Rechtes oder der Hypothek oder Grundschuld) gewahrt bleibe (a. a. O. §§. 8, 16, 22), und dieser Ausdruck ist als einfache und kaum mißverständliche Angabe der practischen Consequenzen durchaus zu billigen; aber eine juristische Construction der Wirkung einer solchen Vormerkung gibt er keineswegs. Es ist nämlich sofort klar, daß die bloße Wahrung oder Erhaltung desjenigen Rechtes auf Auflassung, welches vor der Eintragung der Vormerkung vorhanden war, dem Berechtigten gar

---

1) Ich schließe mich hier der Nomenclatür des angeführten Gesetzes an und will keineswegs die dingliche Natur der Hypotheken und Grundschulden bestreiten.

2) Auch bei Hypotheken ist erforderlich, daß der Gläubiger ein Recht auf Bestellung der Hypothek nach den gewöhnlichen Regeln erworben habe. Nicht etwa kann jeder Gläubiger ohne weiteres verlangen, daß seine Forderung auf einem Grundstücke des Schuldners vorgemerkt werde. Wenn § 22 des angeführten Gesetzes sagt, der Gläubiger könne durch Vermittlung des Proceßrichters eine Vormerkung auf dem Grundstück seines Schuldners eintragen lassen, so heißt das nicht etwa: der Proceßrichter müsse jedem Gläubiger dies Recht zusprechen, sondern das Gesetz will nur die weiteren Voraussetzungen dem Proceßrichter und damit dem bisherigen Recht überlassen. Bedenklich wäre es, jedem Gläubiger das Recht zu geben, den gewährten Personalcredit beliebig in Realcredit zu verwandeln. Vergl. Behrend in seiner Zeitschr. Bd. 7. S. 117. Dernburg, Preuß. Privatrecht. Bd. I. § 322. Anm. 1. Andrer Meinung Achilles, Commentar zu § 22.

nichts helfen kann. Nehmen wir beispielsweise an, Jemand habe von dem eingetragenen Eigenthümer ein Grundstück gekauft und den Kaufpreis bezahlt, der Verkäufer aber weigere aus nichtigen Vorwänden die Auflassung, so besteht ohne Zweifel nur ein obligatorisches, gegen den Verkäufer gerichtetes Recht auf Auflassung. Die Wahrung dieses obligatorischen Rechtes wird keineswegs durch die Vormerkung, welche der Käufer unter Bescheinigung seines Rechtes verlangen kann, bewirkt; dieses obligatorische Recht bedarf überhaupt keiner Wahrung, da es durch anderweitige Auflassung nicht erlischt, und kann trotz aller Wahrung niemals einem Anderen als dem Verkäufer und seinem Erben gegenüber geltend gemacht werden. Es wird durch die Vormerkung also nicht sowohl ein Recht gewahrt, als vielmehr ein neues gegen den neuen Erwerber wirksames, mit der bestehen bleibenden Obligation gegen den Verkäufer auf Auflassung (resp. Entschädigung) nur scheinbar identisches Recht geschaffen. Man bezeichnet dieses Recht bisweilen als dingliches; aber es gibt dem Berechtigten (bevor derselbe Eigenthümer geworden ist) kein Recht der Einwirkung auf das Grundstück. Auch ist es nicht etwa eine Erstreckung der obligatorischen Verpflichtung des Verkäufers auf neue Schuldner (den neuen Erwerber und dessen weitere Successoren); denn der neue Erwerber ist zu gar nichts verpflichtet, am wenigsten zu der Erfüllung des Kaufcontracts seines Auctors. Auch könnte eine obligatorische Verpflichtung der neuen Erwerber (actio in rem scripta) dem Berechtigten nichts gegen neu bestellte dingliche Rechte, Hypotheken, Grundschulden helfen; oder will man etwa jede dieser dinglich berechtigten Personen wieder als Schuldner einer besondern Obligation betrachten? und worauf wäre diese Obligation gerichtet?

Der Berechtigte erlangt durch die Vormerkung (unter der Voraussetzung, daß der vorgemerkte Anspruch wirklich existirt) ein gegen Jedermann wirkendes Recht auf Erwerb des Eigenthums am Grundstücke, frei von allen den Belastungen, die zur Zeit der Vormerkung

noch nicht auf demselben ruhten; eine Erwerbsberechtigung, welche weder zu den jura in re noch zu den Obligationen gerechnet werden darf. Es bedarf keiner besondern Ausführung, daß das hier von dem Recht auf Auflassung Gesagte auf die Rechte auf Bestellung und Eintragung dinglicher Rechte, Hypotheken und Grundschulden in gleicher Weise anwendbar ist.

7. Einige andere Fälle.

Um nicht zu ermüden, will ich von deutschen und modernen Erwerbsberechtigungen nur noch kurz auf das Recht aus der Eventualbelehnung, das Recht des Anwärters auf das allodificirte Lehen bei gebliebener Lehenssuccession, das Recht des Fideicommißanwärters und das sog. dingliche Vorkaufsrecht hinweisen [1]).

8. Erbberechtigung.

Was das römische Recht betrifft, so sind demselben dauernde selbständige Berechtigungen auf beliebig sich wiederholenden Erwerb (wie z. B. das deutsche Jagdrecht) fremd. Alle römischen selbständigen, d. h. nicht mit einem präsenten Recht an der Sache verbundenen Erwerbsberechtigungen werden durch den einmaligen Erwerb vollständig realisirt und somit aufgehoben, erscheinen also als Vorläufer anderer Rechte.

Ich erwähne das Recht aus der Delation der Erbschaft. Dieses Recht, die Erbberechtigung, das Recht das Vermögen des Verstorbenen als Gesammtheit zu erwerben, wird vielfach bald ausdrücklich, bald stillschweigend als subjectives Recht und zwar als Erwerbsberechtigung in unserem Sinne anerkannt [2]). Freilich unterscheidet

---

[1]) Die letzteren drei werden schon von Dernburg, preuß. Privatrecht als „Rechte auf den Erwerb einer Sache" zu einer besonderen Gruppe verbunden. Der von Dernburg gemachte Zusatz „dingliche" Rechte ist in dem streng römischen Sinne einer Willensherrschaft über die Sache nicht richtig.

[2]) Glück's Commentar. Bd 6. § 526: „Eine Erbschaft ist angefallen, wenn Jemand ein Recht hat, sich solche zuzueignen." Mühlenbruch,



es sich von dem Recht aus dem Legatsanfall durch seine höchstpersönliche Natur, in Folge deren es wenigstens nach classischem Recht auf die Erben nicht übergeht [1]). Daß ihm aber darum der Character eines subjectiven Rechts nicht abgestritten werden darf [2]), ergibt sich schon aus dem Erforderniß der Erbfähigkeit im Momente der Delation, das doch auf einen stattfindenden Erwerb hindeutet.

---

daselbst Bd. 42. § 1487: „Eine Erbschaft ist angefallen, wenn dem Erben ein Recht auf dieselbe eröffnet ist." Schirmer definirt S. 8 das Erbrecht als das Recht zu (und aus) dem Erwerbe der Erbschaft und S. 300 die Erbberechtigung als „das Recht alsbaldiger Succession in die Erbschaft." Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts. S. 249: „Eine Erbschaft ist deferirt, wenn der berufene Erbe das Recht erworben hat, sie nach seiner Wahl anzutreten oder zu repudiiren"; vergl. auch Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. § 4. S. 77. (Die Worte „oder zu repudiiren" bleiben besser fort; denn die Repudiation ist nichts weiter als ein einseitiges Aufgeben der Erwerbsberechtigung. Die Möglichkeit auf ein Recht zu verzichten gehört aber nicht zu dessen Inhalt und müßte, wenn hier, consequenter Weise bei allen anderen Rechten in die Definition aufgenommen werden. Damit fällt auch die Bezeichnung des Erbrechtes als Wahlrecht). Vangerow, Archiv für civ. Praxis. Bd. 25. S. 448. „Offenbar besteht vielmehr das Wesen der Delation darin, daß Jemand . . . . in ein solches Verhältniß zur Erbschaft gestellt ist, daß er zunächst als der zum Erbschaftserwerbe ausschließlich Berechtigte erscheint." Windscheid, Pandekten. III. § 600. „Das Recht aus der Berufung ist ein höchstpersönliches Recht" u. a. m.

[1]) Ueber eine andere Folge dieser höchst persönlichen Natur, welche übrigens auch mit der Unmöglichkeit des Erwerbes durch fremde Sclaven zusammenhängt, vergl. Gaj. II. § 189.

[2]) Gegen Hartmann, Erbverträge. S. 4 ff., der dies versucht hat, bemerke man: Die „Möglichkeit die Erklärung abzugeben, man wolle Erbe sein" ist allerdings nur ein „Ausfluß der natürlichen Freiheit"; nicht aber die Möglichkeit durch die Abgabe einer solchen Erklärung wirklich Erbe zu werden; und nur auf diese kommt es an. Wenn Hartmann ferner nach dem Inhalte der Erbberechtigung fragt, so ist die Antwort schon oben gegeben: „das Recht durch jene Erklärung Erbe zu werden." Daß aber dieses Recht und die Erwerbsberechtigungen überhaupt nicht des für ein Recht nothwendigen Inhaltes entbehren, wird weiter unten gezeigt werden.

Ferner aber ist bekanntlich im classischen Recht auch eine in jure cessio der hereditas legitima vor der Acquisition zugelassen, welche gerade dieses Recht aus der Delation überträgt, gleich wie wenn derjenige, der sich in jure cediren läßt, durch das Gesetz zum Erben berufen wäre [1]), während doch weder die erworbene Erbschaft als Ganzes [2]), noch ein Vermögen [3]) durch in jure cessio übertragen werden konnte [4]).

Endlich ist im Justinianischen Recht sogar die Vererblichkeit der Erbberechtigung, wenn auch nur mit einer Zeitschranke, anerkannt [5]).

9. Das Recht aus dem Anfall des dinglichen Legates.

Dasselbe ist bereits im § 57 besprochen.

Die Existenz der besprochenen und anderer Erwerbsberechtigungen als subjectiver Rechte könnte, wie es in der That schon in einem Falle geschehen ist [6]), aus dem Grunde bestritten werden, weil

---

[1]) Gaj. II. § 35: „ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset"; ebenso Gaj. III. § 95. Ulp. XIX. 14.

[2]) Gaj. II. § 35—37. III. § 85—87. Ulp. XIX. 14. 15.

[3]) Fragm. Vat. § 287. Cod. Herm. VII. 1. 2.

[4]) Daß die hereditas testamentaria vor der Aquisition nicht in jure cedirt werden konnte, berechtigt natürlich nicht zu dem Schlusse, daß hier eine Erbberechtigung gefehlt hätte, ist vielmehr wohl theils aus dem hier viel geringeren Bedürfniß (vergl. darüber Scheurl, Beiträge. I. S. 96. Pernice, Labeo I. S. 341. Nr. 6. Kohler, Stammeinheit und Nachberufung, Archiv für civ. Praxis. LIX. S. 104. Avenarius, Erbschaftskauf nach römischem Recht. S. 6 ff.), theils daraus zu erklären, daß für den Cessionar des Testamentserben die Möglichkeit, die wenigstens bei Testamenten im ältern Recht wohl stets nothwendige cretio vorzunehmen, gefehlt haben würde, weil die Worte: Quod Publius Maevius *me* heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque" auf ihn nicht paßten.

[5]) Transmissio Justinianea.

[6]) Vergl. Anm. 3 der vorigen Seite.

es noch an einer präsenten Rechtsherrschaft, m. a. W. an der Unterwerfung des Willens anderer Personen fehle.

Ein solcher Einwurf wäre zunächst methodisch falsch; denn er liefe darauf hinaus, für die allgemeinen von unserer Wissenschaft aufgestellten Begriffe den Anspruch absoluter Wahrheit zu erheben, und Erscheinungen, die das Rechtsleben gezeitigt, die Existenz abzusprechen, weil sie sich unter die gewohnten Rechtsbegriffe nicht subsumiren lassen. Gerade umgekehrt ist es (wie theoretisch Niemand bestreitet, wenngleich thatsächlich oft genug dagegen gefehlt wird) unsere Aufgabe, aus der Fülle der Einzelerscheinungen die allgemeinen Rechtsbegriffe zu entwickeln. Wäre es also wahr, daß diese Erwerbsberechtigungen, welche die Rechtsordnung als subjective Rechte practisch behandelt, unter den gewohnten Begriff des subjectiven Rechtes nicht paßten, so wäre damit nur die Nothwendigkeit einer erweiternden Umformung des Begriffes erwiesen.

In Wahrheit ist übrigens ein solcher Widerspruch in unserem Falle nicht vorhanden, was sich am einfachsten daraus ergibt, daß Rechte, deren subjective Natur außer aller Frage steht, Befugnisse auf Erwerb des Eigenthums enthalten.

Der Nießbraucher hat das Recht die Früchte der Sache zu ziehen, das heißt nicht nur sie factisch hinzunehmen, sondern sie auch rechtlich zu ziehen, mit anderen Worten durch Hinnahme sie sich anzueignen, durch Perception Eigenthum an ihnen zu erwerben. Bei Sachen, deren Nutzen wesentlich in Fruchterzeugung besteht, bildet diese Befugniß sogar den Hauptinhalt seines Rechtes; das Säen, Kultiviren, factische Percipiren ist nur Mittel zum Zweck; das Wesentliche ist das Recht durch Perception Eigenthümer zu werden, also gleichfalls eine Erwerbsberechtigung, wenn auch mit Befugnissen directer Einwirkung auf die Muttersache verbunden.

Kann aber die Erwerbsberechtigung mit anderen Befugnissen verbunden Inhalt eines Rechtes sein, so ist nicht abzusehen, weshalb sie für sich allein als Rechtsinhalt nicht sollte gedacht werden

können. Oder will man vielleicht die Befugniß des Usufructuars, die Früchte zu erwerben, ebenfalls dem vermeintlichen Rechtsbegriff zu Liebe aus dem Inhalte des subjectiven Rechtes verbannen? Auch der Einwand, daß hier immerhin zu dem Rechtserwerb noch eine gewisse Thätigkeit gehöre, deren Ausübung als Inhalt des Rechtes erscheine, ist hinfällig, einmal weil wenigstens bei den meisten jener Erwerbsrechte ebenfalls eine gewisse Thätigkeit stattfindet, andererseits weil das jus fruendi dadurch nicht aufhören würde ein Recht zu sein, daß die Rechtsordnung das Eigenthum des Nießbrauchers an den Früchten ipso jure durch die Separation entstehen ließe.

Ueberhaupt aber ist es nicht richtig, wenn man als Inhalt des subjectiven Rechtes unter allen Umständen die Befugniß zu präsenter directer Einwirkung auf Personen oder Sachen erfordert. Es ist bisher kaum bestritten, daß das für eine befristete Schuld bestellte Pfandrecht sofort entsteht. Zu sofortiger präsenter Einwirkung auf die Sache ist aber in diesem Falle der Hypothekargläubiger noch nicht berechtigt, abgesehen von provisorischen Schutzmitteln bei drohender Gefahr, welche auch in Folge der von uns erwähnten Erwerbsberechtigungen möglich sind. Die befristete Obligation gewährt gleichfalls nicht das Recht zu sofortiger präsenter Einwirkung auf die Person des Schuldners; gleichwohl kommt sie, wie wir gesehen haben, sofort mit dem Abschluß des Vertrages zur Entstehung, und eine ähnliche Erscheinung wiederholt sich bei den pendenten Rechten der verschiedensten Art, da in diesen Fällen eben wegen der Ungewißheit einstweilen regelmäßig [1]) die Befugniß zu sofortiger directer Einwirkung auf Personen und Sachen mangelt.

Als Inhalt eines subjectiven Rechtes ist auch die Befugniß zu künftigen Handlungen, zu künftigen Erwerbungen u. s. w. denkbar

---

[1]) Vergl. jedoch S. 237. Nr. 2) und 3).

und genügend [1]); es kann Inhalt des Rechtes sein, in fünf Jahren 1000 gezahlt zu erhalten, die Früchte der Sache zu erwerben, wenn sie wachsen. Ein Recht mindestens auf zukünftigen Erwerb aber enthalten auch jene Erwerbsberechtigungen und daß diesen subjectiven Rechten die Eigenschaft andere Personen zu beschränken keineswegs mangelt, ergibt ein Blick gerade auf dasjenige derselben, dessen subjective Natur am meisten bestritten ist, das Expropriationsrecht. Der Eigenthümer des Grundstücks ist nicht nur bezüglich der Verfügung über sein Recht am Grundstück beschränkt, indem er durch eine solche den Erwerb des Enteignungsberechtigten nicht zu hindern oder zu schmälern vermag, sondern er hat sich auch derjenigen thatsächlichen Einwirkungen auf das Grundstück zu enthalten, welche das Grundstück für den Zweck, zu dem es beansprucht wird, unbrauchbar oder weniger brauchbar machen würden.

Selbstverständlich soll übrigens nicht behauptet werden, daß die Rechtsordnung jede Befugniß zu präsentem oder zukünftigem Erwerb von Rechten als subjective Erwerbsberechtigung betrachte. Die Grenze zwischen subjectivem Recht und einem nur durch objective Rechtsregel, namentlich Strafdrohung geschützten Ausfluß der natürlichen Freiheit wird überhaupt nicht durch die Logik, sondern durch das positive Recht gezogen. Entscheidend ist für dieses die Zweckmäßigkeitsfrage, ob es angemessen erscheint, die betreffenden Befugnisse der practischen Behandlung subjectiver Rechte zu unterstellen oder nicht. Daß dies bezüglich der von mir besprochenen Erwerbsberechtigungen geschehen ist, glaube ich nachgewiesen zu haben.

---

[1]) Für die Auffassung des subjectiven Rechtes als durch die Rechtsordnung geschütztes Interesse liegt die Frage noch einfacher.



Berichtigungen und Zusätze.

S. 9 Zeile 10 u. 11 lies „vor“ statt „von“ und „geschliffen“ statt „geschlossen.“

S. 30 Zeile 15 lies „Am klarsten“ statt „Am meisten.“

S. 40. Anm. 1 ist folgende inzwischen erschienene Schrift nachzutragen: Lotmar, über Plus est in re, quam in existimatione und Plus est in opinione quam in veritate, in der Festgabe der Münchener Juristenfacultät zum Doctorjubiläum Plancks.

S. 149 Zeile 5 lies „beim“ statt „bei der.“

S. 179 Zeile 16 lies „Schiaparelli“ statt „Schiaperalli.“

S. 201 letzte Worte der Anmerkung lies „Seuffert's Archiv n. F. VI. 179“ statt „Seuffert's Archiv VI 179.“

S. 281 Anm. 2 Zeile 5 lies „obligatio nulla“ statt „venditio.“

S. 332 Zeile 4 von unten lies „wären“ statt „wäre“.

S. 406. Hier ist zum Schlusse der Littera d) folgende Anmerkung ausgefallen. „Auch nach Justinianischem Recht ist hierin keine Aenderung eingetreten, da die L. 3 § 2. 3 C. comm. de leg. (6. 43) die Veräußerung der bedingt legirten Erbschaftssache nicht schlechthin für nichtig erklären, sondern den Satz bestätigen will, daß die während des Schwebens der Bedingung vom Erben begründeten dinglichen Rechte (Eigenthum und jura in re) auch in der Hand des Singularsuccessors endigen, so daß die Sache bei Eintritt der Bedingung ipso jure und frei von jenen Beschränkungen an den Legatar fällt. Vergl. Windscheid, Pand. III. § 648. Anm. 19.“

S. 478. Durch ein Uebersehen ist die Besprechung der Erklärung der L. 9. § 1. D. de jure dotium (23. 3) von Wendt (die condictio ex poenitentia namentlich S. 40 ff. S. 85 ff.) fortgeblieben. Wendt nimmt an, daß das datum ob causam futuram, bevor die causa eingetreten sei, regelmäßig zurückgefordert werden könne, und betrachtet die L. 9. § 1 als eine Folge dieses Princips, welches nur, wie Ulpian am Schlusse betone, eine Ausnahme erleide. Die Erklärung scheitert meines Erachtens an einem Dreifachen.

1) Der aufgestellte Grundsatz ist nicht richtig. Die Rückforderung findet vor der Entscheidung nur statt, wenn das Geschäft, wie in den von Wendt citirten Beweisstellen L. 3. § 2 u. 3. L. 5. § 2. D. de cond. causa data (12. 4) anzunehmen ist, in keiner Beziehung im Interesse des Empfängers abgeschlossen ist. Für andere Fälle beweisen das Gegentheil L. 19. pr. D. de reb. cred. (12. 1). L. 58. pr. D. de solut. (46. 3).

Dieselben können keineswegs als auf einem überwundenen altsabinianichen Standpunkt beruhend beseitigt werden; denn die Zulassung der condictio in solchen Fällen würde nicht einen Fortschritt, sondern einen Rückschritt bedeuten, weil sie der Absicht der Parteien weniger als jene angeblich sabinianische Ansicht gerecht wird. Ferner beweist gegen Wendt L. 7. § 3. D. de jure dot. (23. 3), welche keine Spur einer favore dotium angenommenen Besonderheit darbietet, sondern eine exceptio doli gewährt, weil es als unredlich erscheint, dasjenige, was man zu einem bestimmten Zwecke (doti) im Interesse des Empfängers gegeben hat, zurückzuforbern, bevor es sich entschieden hat, ob jener Zweck erreicht wird oder nicht.

2) Selbst wenn die Grundbehauptung Wendt's richtig wäre, könnte sie höchstens eine Forderung auf Aufhebung des bedingten Traditionsgeschäftes gewähren, nicht aber die Wirkung dieses binglichen Geschäftes nach dem Tode des Tradenten ipso jure ausschließen.

3) Endlich muß Wendt, um den dennoch bleibenden Widerspruch mit L. 2. § 5. D. de don (39. 5) zu beseitigen, annehmen, daß L. 9. § 1 nur den Eigenthumsübergang nach erfolgtem Widerruf leugne, und daß auch im Falle der L. 2. § 5 der Widerruf zulässig sei. Ersteres ist unrichtig, weil die Worte „invito eo“, wie der Schluß der Stelle (si distulerit, vel absit) zeigt, „ohne Willen oder wider Willen“ bedeuten, (wofür ich übrigens auch nicht nur andere Stellen, z. B. L. 5 D. de serv. praed. urb. (8. 2) „et infantem et furiosum invitos recte dicit,“ sondern auch Wendt selbst, Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 19. S. 385, als Gewährsmann citiren kann). Letzteres ist unrichtig, weil L. 2. § 5. offenbar die Unabhängigkeit des Traditionsgeschäftes von der Fortdauer des Lebens und des Willens des Tradenten behaupten will (sive furente sive mortuo eo . . . . . mea fiet). Vergl. gegen Wendt Regelsberger, krit. Vierteljahrsschrift. Bd. 20. S. 410 ff.; Windscheid, Pand. II. § 427. Anm. 1; Brinz, Pand. § 248. Anm. 25. § 303. Anm. 34.

S. 483 Ueberschrift lies VII. statt VI.

S. 525 Ueberschrift lies „Novation“ statt „Obligation.“

Inhaltsübersicht.

Zweite Abtheilung. Die Wirkung bedingter und befristeter Rechtsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Die rein voluntaren Geschäfte.

I. Der Anfangstermin bei obligatorischen Verträgen.

Beilage I.

Beilage II.

Beilage III.

In gleichem Verlage erschien:

Friedrich Carl v. Savigny

und

die Richtung der neueren Rechtswissenschaft.

Nebst einer Auswahl

ungedruckter Briefe.

Von

Ludwig Enneccerus,

ordentlichem Professor der Rechte an der Universität Marburg.

Preis Mk. 1.20.





